

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE SPECIALE

VOL. I.

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

SOCIO CORRISPONDENTE DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA
E DELL' ACCADEMIA URBINATE, MEMBRO DELLA COMMISSIONE
INCARICATA DEL PROGETTO DI CODICE PENALE ITALIANO



PARTE SPECIALE

OSSIA

ESPOSIZIONE DEI DELITTI IN SPECIE

CON AGGIUNTA DI NOTE
PER USO DELLA PRATICA FORENSE

SECONDA EDIZIONE

VOL. I.



LUCCA
TIPOGRAFIA GIUSTI
1868

AVVERTENZA

Per aderire ai desiderii delli scolari, pubblico la parte **speciale** del mio **Programma.** Stimolato dalle insinuazioni dei buoni amici, vi aggiungo parecchie annotazioni precipuamente relative agli usi della pratica; le quali dovranno considerarsi dai miei alunni come fuori del corso teorico.

Pisa 1 Novembre 1863.



INTRODUZIONE



Il magistero penale che l' autorità dello Stato esercita col vietare certe azioni e con lo infliggere dei castighi agli autori colpevoli delle medesime, ha il fondamento della propria legittimità nella *legge suprema dell' ordine* imposta da Dio all' universo. Questa formula che compendia la nostra credenza scientifica intorno al fondamento del diritto di punire, ha bisogno di essere piuttosto illustrata che dimostrata. Avvegnachè essa riposi sopra un domma: ammesso il quale essa n' è uno indeclinabile corollario.

Il domma su cui si asside la nostra dottrina è quello della creazione operata dalla mente di un Essere eterno, e infinito così nella sapienza come nella bontà come nella potenza. Rinnegato codesto principio, tutto diviene arbitrario nel diritto; o piuttosto non avvi più ragione di diritto: sovrana del mondo è la forza. Ac-

cettato codesto principio, ne discende necessaria la recognizione di una legge di ordine imposta dal creatore al creato. Ove di tal corollario non fosse maestra la esperienza dei fatti, la sola ragione ce lo dimostrerebbe. Imperocchè un Essere di somma sapienza non può avere composto questa opera del creato, e nel creato questa opera mirabilissima dell' uomo, senza prefiggersi un fine. E simile fine deve essere buono per la bontà di chi lo ha voluto. E a codesto fine deve essere indefettibilmente sospinto il creato per la potenza di chi lo concepì e lo volle.

La legge suprema dell'ordine secondo il variare della sua oggettività si decompone in quattro leggi distinte; uniformi nel loro svolgimento; procedenti dal medesimo principio; e convergenti ad un medesimo fine; le quali vicendevolmente si aiutano e si dominano fra di loro per formare il tutto dell' armonia universale. Esse sono: la legge *logica;* la legge *fisica;* la legge *morale* (1); e la legge *giuridica.*

La legge *logica* preesiste al creato nello archetipo della intelligenza divina. Alla obbedienza della medesima è chiamato l' uomo mercè l' aspirazione del vero. Lo imperativo logico è del tutto *assoluto*, ed in sè indefettibile: ma diviene defettibile nella attuazione pratica che ne fa la intelligenza umana, per causa o di viziato volere, o di fragilità d' intelletto. Ogni fuorviamento dal medesimo porta seco lo errore.

(1) Non tocco la questione se la legge *religiosa* debba considerarsi come una legge distinta, o come una parte della legge morale, perchè non voglio entrare in teologia.

Creata la materia, e composta alla mirabile simmetria del mondo corporeo, nacque la legge *fisica*, che domina indefettibilmente pur essa tutti quanti i corpi. Alla obbedienza della legge fisica è condotto l' uomo, in quanto è materia per la forza intrinseca della stessa legge; e in quanto è sensibile vi è spinto dagli appetiti corporei.

Lo imperativo fisico non è assoluto in sè, ma nella sua relazione con la esistenza di un mondo corporeo. Esso è assoluto in questo, e da lui nasce il moto e la vita dei corpi. Esso ha in sè medesimo la forza del proprio mantenimento e la propria sanzione: ogni aberrazione da lui, o è materialmente impossibile, o se è possibile porta seco di necessità la deteriorazione o la morte del corpo che ne devia. L' anima umana non soggiace a codesta legge, ma la comprende e la sente.

Ma questa anima intelligente e libera che Dio diede all' uomo onde potesse con le opere sue meritare o demeritare, lo soggettò quale essere moralmente libero ad un' altra legge, che è la legge *morale*. Questa terza legge impone all' uomo dei doveri, e da lei si costruisce l' ordine nel mondo spirituale. La legge morale è incondizionalmente assoluta: verso lei è spinto l' uomo mercè l' aspirazione del buono, ossia del bene morale. L' aberrazione da codesta legge ha per propria sanzione la sinderesi. Col senso morale l' uomo percepisce la legge, e per virtù di quello sente dolore quando si accorge di averne deviato.

Creata la legge fisica e la legge morale, si costitui per virtù dello imperativo logico un rapporto di as-

soluta necessità tra questi due ordini. L'uomo subordinato alla legge fisica come essere corporeo, e subordinato alla legge morale come essere razionalmente libero, veniva sottoposto di necessità a dei doveri che si estendevano ancora ai suoi rapporti esteriori; in quanto l'atto interno del suo volere aveva potenza di dar moto esternamente a dei fatti sensibili. Di qui la necessità di riconoscere nell'uomo la *facoltà di agire* esternamente in conformità dei proprii doveri; e la facoltà di impedire che altri lo privi di codesta sua attività o lo coarti indebitamente nel medesimo. Di qui la origine del *diritto*, e di una quarta legge (emanazione e parte pur essa della legge di ordine universale) voglio dire la legge *giuridica:* per la quale all'uomo internamente libero si guarentisce della sua libertà lo esercizio esteriore. Il *diritto* è un concetto indefinibile ed empirico se si prescinde da una legge di ordine universale: è un concetto semplicissimo, chiaro, ed indubitato, se si procede da codesto cardine. Ogni diritto emana da Dio, perchè è logica necessità che l'Essere sapiente, quando volle che l'uomo fosse soggetto ad una legge morale imponendogli dei doveri, volesse eziandio fosse a lui libera facoltà di esercitare l'attività sua personale a codesto fine.

La legge *giuridica*, che è l'ultimo complemento dell'ordine nella umanità, lega l'uomo non in quanto esso è soltanto dotato di corpo, nè in quanto è soltanto dotato di spirito; ma in quanto esso è ad un tempo fornito di corpo e di spirito. Gli esseri puramente corporei non possono avere diritti, perchè non hanno doveri: nè possono violare i diritti altrui per-

chè incapaci di volere. Gli esseri puramente spirituali non avrebbero diritti perchè non ne avrebbero bisogno; non potendosi sopra di loro esercitare una forza esteriore impeditiva del loro modo di azione, alla qual forza faccia mestiere accordar loro la facoltà di resistere. L' ordine giuridico che lega gli uomini trae dunque lo essere suo e la sua ragione di essere dalla duplice natura dell' uomo, ossia dal concorso in lui di una forza fisica e di una forza morale. Dalla prima nasce in lui la potenza d' impedire ad altri e di vedersi da altri impedito il godimento della propria personalità: dalla seconda nasce in lui la dirigibilità della prima; e quindi la utilità d' interdirgli ogni azione esteriore che leda il diritto altrui. L' ordine giuridico non lega dunque l' uomo nè nei suoi rapporti con Dio, nè nei suoi rapporti immediati con gli esseri puramente corporei, ma soltanto nei suoi rapporti con un' altra personalità umana.

La legge giuridica è assoluta nella attuale condizione della umanità. Poteva però anche non essere, e potrebbe non essere se a Dio piacesse altrimenti, quando egli avesse dato alla legge morale tal forza di coazione sua propria, che impedisse o alla umana volontà di osteggiarne i precetti, o alle umane forze materiali di lederla. Ma ciò sarebbe distruttivo nell' uomo della facoltà di meritare, togliendogli la licenza del male. Nelle condizioni umanitarie la legge giuridica è una necessità; in quanto essa prevede che lo abbandono dello imperativo morale per parte di un uomo si manifesti esteriormente per modo da nuocere al libero godimento di un altro uomo della pro-

pria personalità: e in siffatta previsione proclama a questo che insieme alla facoltà o diritto di tale godimento, egli ha eziandio la facoltà o diritto di rimnovere ogni impedimento che a lui frappongano le malvagie azioni di un suo simile.

Ecco perchè la legge giuridica primitiva dicesi legge di natura: perchè nella umanità essa deve essere tale quale è, e non altrimenti, perchè tale e non altra la esige la duplice natura dell' uomo.

Ma la legge giuridica naturale non ha in sè nessuna forza di coazione, tranne quella che è propria della legge morale; inefficace allo scopo perchè debole in faccia all' urto delle passioni. Se però la legge giuridica deve essere; e se in sè non ha forza per mantenersi; la mente che l' ha preconcetta e voluta deve avere preordinato un mezzo esteriore di coazione che supplisca a codesto difetto: e codesta coazione esteriore alla legge non può essere che nella forza dell' uomo. Negare questa necessità della umana natura sarebbe lo stesso che supporre che il Creatore avesse dato all' uomo dei diritti che a lui aveva reso necessarii egli stesso col sottoporlo alla legge morale; e poi gli avesse negato ogni mezzo di tutelare tali diritti: sarebbe cioè lo stesso che supporre o la ignoranza, o la contradizione nella Divinità.

Ecco cosa è la *Giustizia*. La giustizia guardata come concetto astratto e tutto subiettivo non è che la idea di uniformità degli atti umani alla legge giuridica; cioè a quella emanazione della legge morale che regola le azioni esteriori dell' uomo nella loro relazione con gli altri uomini. La giustizia pratica, intesa in un senso

concreto, esprime quella qualunque forza che costringa l'uomo al rispetto dei diritti altrui; nel qual senso sarebbe evidente circolo vizioso desumere la base del giure penale dalla giustizia, equivarrebbe a dire che la giustizia nasce dalla giustizia. Quando pertanto una scuola di filosofi proclamò doversi trovare nella giustizia il fondamento del giure punitivo, non potè altro intendere se non che il diritto punitivo (giustizia concreta) nasceva dalla giustizia assoluta ed astratta; cioè da quel principio superiore che impone all'uomo di non ledere i diritti altrui.

Ma codesto concetto è insufficiente a dar ragione di sè ove non si risalga ad un principio *superiore;* ad una legge *antecedente* a questa che si chiama legge di giustizia, e legge giuridica. E codesto primario fondamento è la legge di *ordine universale.*

Chi è infatti che possa dimostrare codesta affermazione comunemente ripetuta, che vi è un giusto assoluto, col solo ripeterne l'affermazione come postulato senza antecedente? Ciò è per fermo impossibile. La mente umana che medita codesto vero a noi rivelato dal senso morale, che vi sono cose *giuste* e cose *ingiuste,* non arriva a convertire il sentimento in una convinzione ragionata, se non risale più in alto. Fuori di ciò l'intelletto si aggira in un perpetuo circolo, percorrendone la periferia senza mai trovarne il centro che faccia certi della sua esattezza. Codesto centro è in Dio, che volle la legge suprema dell'ordine.

Assunta come domma codesta legge, la quale si connette come corollario di necessità logica col domma della creazione divina, s'intende perchè certe co-

se siano giuste, e certe altre ingiuste; s' intende perchè siavi una legge giuridica ed una giustizia astratta; e si giunge a trovare perchè debba esservi una giustizia concreta, e così debba esservi una forza coattiva che stringa l' uomo al rispetto degli altrui diritti.

La giustizia è giustizia perchè è richiesta da una legge suprema di ordine. Ove questa che si chiama giustizia potesse mai concepirsi come causa di disordine, essa più non sarebbe. E difatti praticamente non è. Poichè quelli stessi che proclamano come principio autogenio la *giustizia assoluta*, sono costretti a riconoscere che in certi casi si deve ammettere la violazione di un diritto, perchè ciò si esige dalla legge superiore dell' ordine. E ciò si ammette, non solo quando la violazione del diritto ha causa da un malefizio (nel qual caso si adombra la contradizione con l' altra affermazione della perdita del diritto per parte di chi fa male) ma lo si ammette ancora quando lo spoglio del diritto non è meritato per un malefizio. E perchè ciò? Appunto perchè un ordine superiore domina quella che dicesi legge di giustizia. La giustizia è tutto allorchè secondo il corso ordinario dei fatti essa converge con la legge dell' ordine, e con le prime sue emanazioni: non è più nulla quando entra in collisione con loro. Se un bisogno supremo delle moltitudini esige indispensabilmente una cosa, in faccia a questo supremo bisogno fisico tace e si modifica il diritto dell' individuo che è proprietario di quella cosa. Ecco la legge di giustizia dominata dalla legge di conservazione. Se la giustizia ha bisogno che una madre palesi il delitto del figlio, la legge morale si oppone a

che si eserciti sopra di lei siffatto costringimento; e la giustizia china la fronte in faccia alla legge morale. Se una vasta moltitudine di uomini ha violato il diritto, la giustizia anche una volta si arretra in faccia allo spettacolo della costernazione che il suo flagello cagionerebbe, ove si agitasse con cieca obbedienza ai severi dettati di lei. La giustizia non è buona che in quanto è strumento di ordine: toglietele questo; ed essa rimane in astratto una idealità, ed in pratica una aberrazione della legge logica: sola legge veramente eterna, assoluta di per sè, ed indefettibile.

È dunque la legge dell'ordine quella che dà il suo essere alla legge giuridica: essa è che esige si dia al precetto tutelatore della umana personalità quella virtù di costringimento che in sè medesima non avrebbe a sufficienza, e che bisogna attinga della forza stessa dell'uomo.

Non può assumersi il principio della giustizia come fondamento positivo del giure penale, per la doppia ragione — 1.° che non rende ragione di sè stesso; non potendo persuadersi che l'uomo abbia facoltà di martoriare l'altro uomo per solo servigio di una estetica speculazione: per la sola soddisfazione che giustizia sia fatta — 2.° perchè non risponde al fatto che vuole giustificare; toccandosi con mano che il giure penale non sempre colpisce dove comanderebbe il principio della giustizia, ma sempre colpisce dove lo comanda il bisogno dell'ordine.

E la derivazione spontanea dalla legge naturale della facoltà nell'uomo di mantenere il regno del diritto mediante la forza (e così mediante una sanzione pu-

nitiva che completi la legge, e che eserciti sulle rie passioni quella coazione che direttamente sarebbe impossibile) si dimostra eziandio per la storia dei fatti: cioè dalla universale rivelazione del diritto di punire, e dal modo primario di tale rivelazione.

La forza di simpatia e di antipatia (questa potente e perpetua ministra del Creatore, che si svolge nel mondo fisico sotto la forma di attrazione e repulsione, e sotto la forma di aspirazione e repugnanza nel mondo spirituale) rivelò alla umanità fino dai suoi primordii la esistenza di questo diritto. Rivelò al primo delinquente per una intuizione della coscienza, che gli altri uomini avrebbero fatto a lui ciò che egli aveva fatto al fratello: rivelò a tutti gli offesi, mercè il vago sentimento di una vendetta lecita, [illegible] si avevano il diritto di recare all' offensore un pati[illegible] in riparazione del male che egli aveva cagiona[illegible]

Onde appo tutti i popoli primitivi (1) fu [illegible]nosciuto per lunga stagione nei parenti dell' ucciso il di[illegible]to di ottenere riparazione dall' uccisore, e si spinse tale sentimento fino alla esagerazione di dargli morte. E nei più antichi codici che furono dati alle genti (nei quali piuttosto che contenersi i dettati di un legislatore, si raccolsero i costumi e le consuetudini popolari) dovette espressamente sanzionarsi cotesto diritto.

La giustizia non può dunque assumersi che come un principio negativo, ossia *limitativo* della facoltà di punire; in quanto è per lei che si nega codesta fa-

(1) Vedasi Duboys *Histoire du droit criminel* — Zezas *Legislation Russe pag.* 63.

coltà quando essa volesse esercitarsi a danno di un irresponsabile, od oltre i veri bisogni della tutela giuridica. E questa sua funzione deriva spontanea dallo stesso genuino principio della ragione di punire, non potendo esercitarsi contro il diritto un potere che ha la sua ragione di essere nei bisogni della tutela del diritto.

Nè credo solida la obiezione che vidi recentemente portarsi innanzi da un illustre criminalista contemporaneo; il quale appuntò di contradizione cotesta formula, osservando che tuttavolta si riconosceva nel principio della giustizia un limite al giure penale, niente più repugnava che nel principio stesso se ne riconoscesse l' unico fondamento.

È evidente che codesta argomentazione pecca del vizio di *parificare* termini e condizioni essenzialmente *difformi*. Non può ammettersi la proposizione che tanto valga ravvisare in un dato principio il *limite* di un diritto, quanto valga ravvisarvi il *fondamento* del diritto medesimo. La mia proprietà ha per limite la proprietà del vicino: ma la proprietà del vicino non è il fondamento del mio gius di dominio. La religione agisce come limite sul giure penale, in quanto è di ostacolo a che il legislatore vieti certe azioni che la religione comanda, o comandi quelle che la religione vieta: ma non per questo può dirsi che la religione sia il fondamento del giure punitivo.

È dalla legge superiore dell' ordine che trae la propria condizione di legittimità ogni forza dell' uomo che si eserciti al mantenimento della legge giuridica; la quale non è che uno strumento ed una emanazione

della prima, e per conseguenza costantemente subordinata alle sue esigenze.

Al mantenimento della legge giuridica non sarebbero però sufficienti le forze spicciolate degl' individui nello stato di naturale eguaglianza. Perciò dalla stessa legge naturale nasce la necessità della consociazione imposta agli uomini: e nasce la necessità che la umana consociazione abbia quella forma che le dà il nome di società civile. Vale a dire che si costituisca mediante la recognizione di un' autorità sovrastante a tutti i consociati. Dalla legge di natura nasce direttamente la subiezione della umanità allo stato di consociazione pei suoi bisogni fisici, pei suoi bisogni morali, pei suoi bisogni intellettuali. Ma ai bisogni fisici, morali, ed intellettuali della umanità sopperirebbe abbastanza la consociazione fraterna fondata sul principio della perfetta uguaglianza, senza bisogno di governanti e d' impero ove questi non fossero richiesti dalla necessità di costituire una forza che più ordinatamente e più efficacemente eserciti la tutela del diritto. Ciò che rende necessaria, e per conseguenza legittima, l' autorità dello Stato, è il bisogne della difesa del diritto; alla quale le volontà spicciolate degl' individui non basterebbero mai, per la mancanza di chi proclamasse la superiore affermazione del diritto, e di chi avesse potenza materiale a sostenere l' affermazione.

Perciò la legge naturale impose alla umanità la consociazione in forma di Stato: appunto per la unica e sola ragione che di codesta forma aveva necessità la tutela giuridica. La quale necessità non può senza circolo vizioso dirsi necessità *politica*, ma è bene neces-

sità della *umana natura*. Onde non è che il giure penale sia uno strumento destinato a consolidare l'autorità, ma invece l'autorità e la Società civile sono costituite unicamente perchè necessario strumento al retto esercizio del giure punitivo; strumento pur esso indispensabile a mantenere la sovranità del diritto, ed a completare il precetto morale.

E qui pure noi vediamo la storia dei fatti uniformarsi alle deduzioni della ragione. Poichè troviamo che al primo albore di civiltà manifestatosi nelle primitive tribù, il bisogno della costituzione di un'autorità suprema sovrastante a tutti i consociati, si rivelò loro mercè il bisogno della difesa del diritto. Alla elezione dei primi Capi, o Sovrani, procedettero sempre i popoli primitivi, o perchè fossero loro duci nella guerra (e così difendessero i loro diritti dai nemici esterni) o perchè esercitassero l'autorità giudiciaria, e così difendessero il diritto dagli attacchi degl' interni nemici. A queste ingerenze furono limitati i poteri dei primi Sovrani, appunto perchè in ciò stava la ragione dello essere loro, e il principio legittimo della loro autorità. La tutela giuridica, affidata dalla legge suprema dell' ordine alla forza dell' uomo, non poteva convenientemente esercitarsi per l'azione disgregata degli individui, nella quale non sempre sarebbesi trovata razionalità, uniformità, e potenza; per lo che avrebbe mancato del più necessario dei suoi elementi, voglio dire la *certezza di sè*. Così la costituzione dell' autorità sociale ed il rispetto alla medesima, è un precetto imposto all' uomo dalla stessa legge di natura perchè la forza umana alla quale è consegnato il mantenimento

della sovranità del diritto si eserciti in modo razionale, uniforme, e potente. Tranne per cotesto fine la costituzione dell' impero sui consociati non sarebbe che un abuso di forza.

Riconosciuta così nell' autorità sociale la potestà legittima di esercitare una coazione efficace sugl' individui per la conservazione della legge giuridica, lo esercizio di cotesta coazione piuttosto col mezzo della minaccia di un castigo che col mezzo della prevenzione diretta, altro non è che la conseguenza di uno *stato di fatto* che rende necessaria quella forma piuttosto che questa. Essendo umanamente impossibile anche ad una autorità sociale, per quanto potentemente armata, fermare in precedenza il braccio del micidiale e dell' avido che muove alla violazione del diritto, la forza tutelatrice bisogna che si eserciti mercè una coazione morale. La necessità della coazione morale legittima la *minaccia* della pena. E poichè la minaccia della pena non sarebbe minaccia efficace ma vana parola, se allo avvenimento di una violazione la pena non cogliesse realmente il violatore; la necessità e la legittimità della minaccia porta seco la necessità e la legittimità della irrogazione effettiva del castigo. Ma questa necessità e questa legittimità non procedono da legge umana; non dalla costituzione della società civile; non dal bisogno astratto che facciasi cosa giusta: ma dalla legge suprema dell' ordine, alla quale volle il creatore subordinata la umanità. È in tal guisa che il giure punitivo non procede dalla società civile, ma la precede, ed esso solo è causa dello essere di lei. Ed è perciò che l' autorità sociale non può esercitare cotesto potere a

capriccio suo, ma subordinatamente alla suprema legge di ordine, della quale essa è serva al pari dell'individuo.

Infatti la potestà di punire è data da Dio alla Società. Principio inconcusso. Ma non è vero che sia data da Dio alla Società *perchè difenda sè stessa*, come ripetono gli statolàtri. Le è data *perchè difenda il diritto*, il vero sovrano del mondo, di cui la Società civile non è che un necessario strumento; e il *diritto* deve essere nella umanità tutelato perchè ciò è voluto dalla suprema legge dell'ordine morale. La società ha bene il diritto di *difendere anche sè stessa*, ma non perchè essa abbia *in sè stessa* la sua ragione di essere e di difendersi, ma solo perchè in lei si difenda il necessario strumento della legge morale.

Ma il principio della tutela giuridica non vuole essere inteso alla lettera e materialmente, sicchè la missione del diritto penale sia quella di ottenere in realtà che il diritto non *mai* venga violato sopra la terra. Sogni sono questi del volgo, che cerca nel giudice l'uomo destinato, secondo lui, a farlo perpetuamente sicuro nella persona e negli averi; alla guisa che la donnicciuola cerca nel medico l'uomo destinato, secondo lei, a purgarla in un attimo da tutti i malori corporei. Sogni; che fruttano nella vita pratica disinganni e dolori, e nella scienza aberrazioni funeste.

La pazza idea che la medicina debba estirpare tutti i morbi condurrebbe la scienza salutare all'empirismo, come conduce il popolo ad aver fede nei cerretani. La pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra conduce nella scienza penale alla idolatria del terrore, ed il popolo alla fede nel car-

nefice, che è il vero cerretano del giure penale. La sapienza medica ha abbandonato le visioni dell' elisir universale, quantunque alcuni speculatori sfruttino tuttavia la vecchia credulità. I giuristi sapienti hanno abbandonato la dottrina della intimidazione, quantunque alcuni legislatori continuino ad usufruirla a loro vantaggio. Ammesso nel giure punitivo codesto fine d' impedire i delitti con atterrire i delinquenti, l' argomento di Vouglans non ha più risposta. L' antesignano della vecchia scuola francese, il feroce confutatore di Beccaria, ha perfettamente ragione. Ogni delitto che si commette mostra evidente che la pena minacciata non fu bastevole ad atterrire quel delinquente che la sprezzò. Dunque bisogna aumentarla. E poscia di nuovo aumentarla ad ogni nuova riprova di disprezzo e d' insufficienza relativa. E non vi è più confine in faccia a codesta logica inesorabile.

Ma l' uomo pecca: ha peccato, e peccherà finchè sarà uomo, quantunque la giustizia divina minacci gastighi assai meno fallibili, ed assai più tremendi, che non possano esserlo quelli irrogati dal braccio umano. Bastano a ciò la leggerezza, la irriflessione della umana natura, e la foga delle passioni che fanno dimenticare la giustizia divina. Alle quali spinte aggiungesi in faccia alla giustizia umana la speranza della impunità, che è il calcolo primario di ogni pervertito delinquente: a fronte del qual calcolo la penalità, per quanto severa che sia, rimane una vana parola e meno che niente, elidendosi l' azione atterritiva del male minacciato dalla fidanza di evitarlo.

Stolto concetto, altrettanto quanto superbo, sarebbe quello di chi affermasse che il giure penale ha la missione di fare in *realtà* e *perpetuamente* invulnerato il diritto. Stolto concetto perchè impossibile. E quindi errato pensiero è quello di chi al giure penale segni come fine il conseguimento della effettiva invulnerabilità del diritto.

La formula della tutela giuridica ha ben diverso significato. Essa non esprime un *assoluto concreto* che è inarrivabile ad ogni umana potenza: essa esprime un *assoluto astratto* che è appunto sotto la dominazione efficace del magistero penale. Essa non esprime che ogni *diritto concreto* debba essere sempre in realtà tutelato, per guisa che rendasi invulnerabile: essa esprime invece che sia sempre efficacemente tutelato il *principio astratto;* mantenuto cioè il trono del diritto.

La Igiene ci educa alla temperanza, ci allevia le infermità, e ci conforta della speranza di viver sani, quantunque malgrado la obbedienza alla igiene ogni giorno veggiamo uomini ammalati. Il giure penale ci fa dimettere i pensieri di privata vendetta, ci rende tolleranti delle offese, e ci conforta della speranza di viver sicuri, quantunque ogni giorno veggiamo le rie passioni attentare alla sicurezza privata.

Il precetto senza sanzione non sarebbe più precetto: e il mondo senza legge non sarebbe che un teatro di perpetuo disordine. La violazione di un diritto concreto configura la negazione del regno del diritto astratto; in faccia alla quale bisogna che sorga una novella affermazione che riconosca il principio della sovranità del diritto per tal guisa negata dall' abuso della forza

individuale. E a codesto riconoscimento bisogna appunto che si costringa quell' individuo dal quale l' audace negazione partì. Bisogna che a lui s' infligga un male sensibile in pena della negata sovranità del principio: e così il principio stesso si ricostituisca, paziente lui, sopra il trono dal quale osava la malvagità di lui rovesciarlo. Bisogna in faccia a quella negazione che si riconfermi nel cuore di tutti la coscienza della signoria del diritto. La riconoscano gli offesi col pazientare ed attendere dall' autorità la riparazione: la proclami l' autorità con l' infliggere la pena: la riconosca il reo col subirla. Con ciò è tutelato il diritto nel suo principio: e tanto basta.

Il fine pertanto del giure penale non è altro che in questo: non è suo primario fine atterrire; ma *tranquillizzare*.

Nella *tranquillità* sta il fine primario della pena. Gli animi dei perversi si eccitano all' aspetto del delitto; e le passioni se ne ringagliardiscono: la pena inflitta al delinquente deve tranquillizzare cotesta perversa emozione, e calmare lo slancio di audacia che il delitto ha provocato. Gli animi dei buoni si sono per diversa guisa commossi all' aspetto del malefizio. Essi si sono spaventati; si agitano alla previsione di nuovi attentati, al sentimento del proprio pericolo. La pena irrogata al colpevole deve ricomporli alla quiete primiera. Ecco in qual senso io ravviso nella tranquillità il vero fine della pena.

Quando la pena pertanto che la legge minaccia contro la violazione del precetto, è quella che basta a far si che gli offesi non reagiscano di privata forza, e

si appaghino nella espettativa della sua irrogazione: quando è tanta quanto basta perchè il colpevole a cui viene inflitta trovi che ha scapitato col delinquere, e venga prima o poscia a pentirsi: quando è tanta quanto basta perchè, irrogata che sia, tornino da un lato gli animi di tutti i buoni a farsi tranquilli, ed in tutti rinasca la opinione di essere sicuri; e tornino dall'altro lato gli animi dei male inclinati a dimettere quell'andacia che in loro eccitava lo esempio dell'altrui delinquenza: quando la pena basti a codesti risultati, la sua forza morale oggettiva ha raggiunto il proprio bisogno neutralizzando la forza morale oggettiva del delitto. Allora il fine della pena è ottenuto; il magistero penale ha adempito alla sua missione della tutela giuridica. In ogni eccesso fuora di ciò evvi vizio, evvi tradita missione.

La pubblica opinione, manifestata mercè i contrassegni di antipatia o di simpatia popolare verso il magistrato penale, è dunque l'unico tipo al quale può riconoscersi se il legislatore ha fatto o no il dover suo nella determinazione dei malefizii e delle respettive penalità.

La scienza a lui somministra importante luce nella prima operazione: poichè combinando coi principii giuridici le condizioni ontologiche dei singoli fatti, gli addita le formule per determinare le respettive nozioni dei malefizi. In quanto alla seconda operazione, la scienza non può che predicargli moderazione, e ricordargli esser suo debito consultare la coscienza popolare, per obbedirla quando inclina a mitezza, correggerla quando inclini a ferocia: e ricordargli che ei

si rende colpevole d' inutile rigore quando in faccia ai costumi di un popolo mite egli prodiga pene severe: e si rende colpevole di debolezza insipiente, quando in faccia ai costumi fieri del popolo a cui deve dar legge, ne coltiva e ne adula la ferità con la crudeltà dei castighi. In ambo i casi egli tradisce l' ufficio suo. Nel primo pecca contro la politica e contro la giustizia, poichè infligge pene soverchie al bisogno. Nel secondo caso non pecca in modo assoluto contro la giustizia; ma pecca contro la politica; poichè in luogo di mansuefare con lo esempio i truci costumi di un popolo guasto, sempre più lo immerge egli stesso nel fango, mantenendone coi supplizii le depravate inclinazioni. Non fu tutta colpa dei legislatori dei tempi passati la profusione enorme che per loro si fece dei supplizii. Essi cedettero all' impero dei barbari tempi. Ma se avessero avuto cuore e sapienza, avrebbero potuto accelerare il progresso civile, e più presto purgare dalla barbarie gli uomini alle loro cure affidati, dando loro il salutare esempio della mitezza delle pene, anzichè inebriarli di sangue umano e di spettacoli atroci.

Queste verità era necessario ricordare prima di scendere allo esame dei singoli fatti sui quali l' autorità sociale può esercitare legittimamente il divieto e la repressione, onde avviarci ad un tempo allo studio dei caratteri costitutivi di codesti fatti, e delle loro relative proporzioni. Dalle anteposte verità scaturiscono spontanee le tre proposizioni seguenti:

1.° Che l' autorità sociale non può esercitare il divieto e la repressione punitiva se non in ordine a quei

fatti umani che abbiano il doppio carattere, di essere lesivi del diritto, e di presentare una data forma di lesione, al riparo della quale non basti il reintegro mediante coazione diretta, ma occorra la repressione penale.

2.° Che le classificazioni e le definizioni di codesti singoli fatti, vogliono essere distribuite con perpetua referenza alla natura del diritto attaccato.

3.° Che la gravità, o quantità politica relativa, di ciascuno di tali singoli fatti vuol' essere misurata secondo la respettiva importanza dei diritti attaccati.

Queste tre proposizioni, nelle quali si riassume la teoria fondamentale, segnano le grandi linee su cui deve procedere lo studio della parte speciale: avvegnachè per le medesime si vengano rilevando i criterii *essenziali*, i criterii *delimitativi*, ed i criterii *misuratori* dei diversi titoli di delinquenza.

1.ª — La prima proposizione ci condurrà a riconoscere i *criterii essenziali* che sono a ricercarsi in ciascuna azione speciale contro cui si voglia esercitare il divieto proclamandola delitto.

Ma poichè è certo che l' uomo non può avversare la legge morale giuridica, se non in quanto eserciti ad un tempo la sua forza fisica e la sua forza morale; così egli è intuitivo che in ogni *fatto speciale* che voglia dirsi *criminoso*, dovrà ritrovarsi per parte di colui al quale si voglia rimproverare, l' esercizio concomitante di una forza fisica posta in movimento dall' uomo e di una forza morale causativa di tal movimento. Atto esteriore violatore del diritto; atto volitivo imputabile.

Quindi in ogni *fatto speciale delittuoso* sarà giuoco forza indagare quali siano per la sua particolare indole le condizioni materiali che costituiscono il suo completo nel rapporto della forza fisica; quali le condizioni che costituiscono il suo completo nella sua forza morale.

La cognizione di tali condizioni costituirà il criterio *essenziale* di ciascuna delinquenza.

E quando un fatto speciale od una data sua forma offra condizioni tali, per cui benchè potesse sembrare giusto il punire sotto un punto di vista speculativo se ne troverà per altro la punizione non richiesta dalla legge suprema dell' ordine, dovremo (malgrado le esigenze di un principio ascetico) pronunciarci per la negazione di ogni penalità.

Se dalla giustizia astratta si desumessero le fondamenta del giure punitivo non avverrebbe così. Ogni violazione del diritto consumata per opera di una volontà intelligente meriterebbe pena. La meriterebbe il debitore che maliziosamente non paga il suo debito perchè fa cosa ingiusta; la meriterebbe il marito che diserta la moglie, il padre che diserta i figli.

La giustizia non è meno offesa per un atto malvagio che violi un contratto sotto una certa forma, di quello che sotto un' altra. Ma in faccia a quella si può mantenere l' ordine per via di coazione diretta: in faccia a questa la coazione diretta non basta, o perchè la violazione è tale che non ammette *reintegrazione* del diritto, o perchè la forma speciale della lesione ha irraggiato per guisa sugli animi altrui, che se può ripararsi all' effetto immediato della lesione mercè un co-

stringimento diretto; non si può ugualmente riparare alle conseguenze indirette della lesione senza la esemplarità di un castigo, che ristabilisca nei consociati la coscienza del diritto e della loro sicurezza.

E questo è appunto ciò che mostra la insufficienza del concetto della giustizia a rendere ragione del magistero penale. Avvegnachè in molti casi nei quali si punisce, la *giustizia* si chiamerebbe paga del reintegro del diritto offeso nell' individuo, senza la punizione; eppure si punisce per riparare al disordine causato dal fatto nel rapporto della umanità, cui non ripara la reintegrazione del leso. Ed in altri casi nei quali non si punisce, ma si tenta inutilmente costringere il riottoso all' adempimento, la giustizia esigerebbe che si punisse perchè persevera la violazione del diritto a danno dell' individuo.

Laddove se si assume a fondamento della ragione di punire la legge suprema dell' ordine, facilmente si scorge il motivo per cui si persista a punire chi offese altri, benchè l'offeso nol chieda, e sia soddisfatto: e non si punisca altrove benchè il leso non sia soddisfatto, ed insista forse inutilmente per un riparo. Motivo di ciò è appunto che il giure penale non mira soltanto a soddisfare il voto della giustizia nel concreto risultamento dell' opera sua; ma bensì a mantenere nella umanità la fede nella legge giuridica, acciò gli uomini sbrigliati da cotesta fede per un lato non propaghino senza fine le lesioni al diritto, e per l' altro non perdano ogni coscienza di sicurezza. Chi chiese ad imprestito mille scudi con animo di non restituirli e non li rese di fatto, violò maliziosamente il diritto, offese la

giustizia; ma non turbò l'ordine universale, perchè il leso volontariamente si espose alla perdita per la sua troppa fiducia; e perchè in conseguenza ogni altro che ripromette a sè stesso migliore accorgimento, non si spaventa per cotesto fatto. Colui che stese l'avida mano a rapire un solo scudo, si punisce abbenchè abbia poscia restituito il tolto al proprietario, perchè dall'atto di rapire l'altrui nacque timore in tutti di consimili offese, e la restituzione del tolto, se riparò alla lesione del diritto, non riparò a cotesto disordine.

Sicchè la giustizia che da taluni si considera come un principio primitivo e di per sè stante, altro non è che una delle emanazioni della suprema legge dell'ordine nel creato. Lo è nella sua genesi, poichè se non fosse come strumento d'ordine nel mondo esteriore, la giustizia non troverebbe ragione dello esser suo; e dovrebbe o unificarsi con la legge morale, o considerarsi come un'affermazione arbitraria. Lo è nei suoi risultamenti ed effetti, poichè la giustizia modifica il suo essere, ed il suo modo di azione secondo le diverse esigenze della legge dell'ordine. Essa tace e scorda i suoi severi precetti, quando la legge superiore lo impone. Essa limita il suo modo di azione al semplice costringimento diretto, quando la legge superiore si appaga di cotesto modo. Essa procede più oltre ed agisce con la sanzione punitiva, quando la legge superiore ha bisogno di cotesto modo. La giustizia isolatamente concepita non guarderebbe che l'individuo; la legge dell'ordine contempla invece tutta la umanità, e tutto il creato nei suoi rapporti con la umanità. Così diversificano principio, potenza, modo di azione, e fini;

non di una diversificazione ostativa, ma di una diversificazione famulativa; in quanto la figlia non è e non può, se non dove la madre comanda che sia e che possa: onde la vera nozione dell' essere respettivo non è già che la legge di ordine esista per servigio della giustizia astratta, ma che la giustizia esiste per servigio dell' ordine universale, e come parte ed emanazione della legge che lo governa.

Di qui la conseguenza che oltre i *criterii essenziali* particolari di ciascuna delinquenza, in qualunque azione che voglia legittimamente dichiararsi delitto deve ricorrere un *criterio essenziale* comune, generale, costante, quello cioè di una offesa recata da codesta azione ad un *diritto universale.* E questo diritto universale, che deve essere più o meno leso con l' azione umana avverso la quale vuole spiegarsi il magistero punitivo, è la *opinione* della sicurezza prima base dell' ordine nella società. La quale lesione si configura con quello che dicesi (Programma *Parte Generale* §. 104) *danno mediato.*

Un' azione umana non può punirsi soltanto perchè sia *lesiva del diritto individuale* (cioè ingiusta) e contemporaneamente *malvagia.* Qui il principio della giustizia che contempla le azioni umane nel rapporto con l' individuo, si appaga di una riparazione diretta. Ma il principio dell' ordine, che contempla le azioni umane nel loro rapporto con la umanità, esige il mezzo sussidiario della sanzione penale soltanto quando siano offese, almeno moralmente, le moltitudini.

Ove non esiste *danno mediato*, è illegittima la punizione. Il giure penale non è che un continuo calco-

lo della prevalenza del diritto delle moltitudini sul diritto dell' individuo; calcolo che doveva togliersi appunto dalla mano degl' individui perchè non riuscisse passionato, e affidarlo allo Stato come rappresentante al tempo stesso e l' individuo e la moltitudine. Ma lo Stato non è una divinità al cui altare debbano immolarsi i diritti di tutti. È un giudice della prevalenza del diritto dei più sul diritto dell' individuo. Onde i giudizi di lui non possono essere arbitrarii, nè mossi dalla considerazione di sè stesso. Perciò nel secernere tra i diversi fatti lesivi del diritto quelli che danno debito allo Stato di esercitare soltanto la forza di coazione diretta mediante il magistero civile e il magistero economico, da quelli che gli danno inoltre balìa di ricorrere alla sanzione mediante il magistero penale; nel calcolare in ciascun fatto le condizioni della sua maggiore o minore gravità: in tutte codeste operazioni non possono i governanti procedere a capriccio, o per riguardi egoistici, ma debbono procedere sempre secondo le esigenze di quella legge suprema dell'ordine universale, dalla quale si genera il concetto della giustizia astratta, e si produce la giustizia concreta.

2.ª — La seconda delle tre proposizioni enunciate di sopra ci servirà di guida a trovare i *criterii differenziali* o delimitativi tra fatto delittuoso e fatto delittuoso. Nella quale discriminazione noi dovremo assumere sempre per guida non solo il *danno mediato*, ma precipuamente il *danno immediato*.

Devonsi stabilire le relative caratteristiche differenziali tra azione criminosa ed azione criminosa secondo la diversa natura del diritto attaccato; e porre

in calcolo il concorrente attacco di più diritti, quando ricorra in un fatto, per guisa che se ne costruisca la nozione sempre sulla scorta del principio della *prevalenza* fra i più diritti attaccati; così quando tutti lo siano e materialmente ed intenzionalmente, come quando il diritto materialmente leso sia diverso dal diritto intenzionalmente attaccato.

3.ª — La terza proposizione ci serve di guida a completare i *criterii misuratori* di ciascuna azione criminosa. E questi si troveranno primieramente influenzati dalla diversa *importanza* del diritto attaccato. Ma la diversità del diritto, o particolare o universale, che sia offeso con la *immediata* azione del delitto, unificherà la determinazione della *quantità naturale* relativa dei diversi reati con la determinazione della loro *qualità* o titolo respettivo. Laddove il diverso grado di offesa a quel diritto universale che noi abbiamo detto dover costituire un criterio essenziale comune e costante di tutti i malefizi (voglio dire la offesa alla opinione della sicurezza, da cui si costituisce il danno mediato del delitto) ci porgerà un *criterio misuratore speciale* della *quantità politica,* di cui dovremo tenere perpetuo conto nella comparazione tra loro delle diverse azioni criminose, le quali non presentino diversità nel diritto immediatamente attaccato, ma diversità nelle forme, circostanze, modi, e cause che accompagnano in un dato caso l' azione. Dalle quali condizioni ove sorga il resultato di un aumento o decremento di danno mediato, noi dovremo costantemente riconoscere una causa di aumento o decremento nella *quantità politica* del malefizio, anche in quei casi nei quali

siffatte condizioni non mutino la *qualità* del reato; nè la sua *quantità naturale.*

Sulla scorta di queste regole generali, che altro non sono tranne lo svolgimento di quei principii fondamentali della scienza che nella *Parte Generale* della medesima prestabilimmo, noi pazientemente procederemo allo studio partito di ciascuna delinquenza.

Ma se lo studio di ciascun fatto considerato nelle sue condizioni ontologiche ci darà sufficiente lume per definire la *nozione, qualità,* e *quantità* di ciascun malefizio, non dovremo peraltro dimenticare la dottrina del *grado* nel delitto, della quale riconoscemmo pure la esattezza e convenienza nella *Parte Generale.* E secondo che i singoli fatti ce ne porgeranno occasione, noi dovremo per conseguenza, dopo averli astrattamente considerati nelle loro condizioni di fatto, esaminarli ancora nei loro eventuali rapporti con la posizione individuale dell' agente sotto il punto di vista della influenza che lo stato della sua libertà o della sua intelligenza, arreca ai loro *momenti morali;* e nelle accidentalità di imperfezione o di divisione dei loro *momenti fisici.* E così procedendo per via di applicazione della dottrina generale del *grado,* noi verremo cercando in ogni malefizio la maggiore o minore operosità delle singole degradanti. Così Dio ci dia forza, e c' illumini in questo studio, onde non si aberri dalle logiche deduzioni dei principii fondamentali, nel retto svolgimento dei quali può soltanto trovarsi la verità.

PARTE SPECIALE



PRIMA DIVISIONE DELLE MATERIE



§. 1079.

È un' assoluta verità ontologica che tutto quanto in un ente costituisce le condizioni di sua natura, ove cessi toglie l' ente dal suo genere; ove soltanto si modifichi e varii ne costituisce le singolari specialità senza toglierlo dal genere primitivo. Così alla essenza della criminosità di un' azione è indispensabile elemento il concorso di una forza fisica, che si rappresenta o nella sua oggettività mediante il risultamento lesivo del diritto, od anche nella sua sola soggettività mediante l' attitudine pericolosa degli atti esterni; ed il concorso di una forza morale rappresentata nella sua soggettività dalla libera ed illuminata determinazione volitiva dell' agente, e nella sua oggettività dal danno mediato. Onde pel suaccennato canone si deduce che quell' azione in cui affatto cessi o l' una o l' altra di queste forze (o perchè all' atto esteriore non conseguisse nè pericolo nè danno; o perchè con la lesione del diritto particolare non concorresse il danno mediato, cioè la lesione del diritto universale alla opinione di sicurezza

che la società civile comparte ai cittadini) altrettante volte dovrà dirsi ricorrere nel caso un vizio, o un peccato, o un infortunio, o una violazione di contratto; ma non mai un delitto politicamente imputabile.

E ne discende altresì che nello studio particolare dei singoli modi di delinquenza, l' ordinamento delle materie vorrà sempre essere distribuito con logica referenza a codesti criterii essenziali che nelle loro varietà e modificazioni fanno sorgere un numero grandissimo di distinte figure tutte pertinenti alla stessa grande famiglia delle azioni delittuose, ma tutte discriminate fra loro per caratteri differenziali pronunciatissimi.

§. 1080.

Il primo tra i due suddetti criterii essenziali al delitto che vuol essere preso in considerazione da noi per trarne i lineamenti di una generale partizione dei delitti (1) è il danno immediato, dal quale si rappresenta la *quantità naturale* del malefizio. Come poi in ciascuna specie delittuosa, distintamente costitnita dalla diversità del diritto leso, vengano a sorgere succedanee difformità di titoli appartenenti spesso alla medesima famiglia ma svariati tra di loro nei caratteri e nella quantità, per la influenza che certe accidentalità di causa, di modo, di luogo, di tempo, di persone, e simili esercitano sul danno mediato, verrà a delinearsi per lungo nel progresso della nostra escursione.

(1) Non ho creduto di tenere conto alcuno della divisione tra *misfatti* e *delitti*, perchè la medesima non potendosi an-

nodare con verun criterio *intrinseco* al malefizio non riesce di servigio alcuno nella scienza. Anzi io la credo più dannosa che utile anche negli usi pratici. Di questa divisione, intorno alla quale tanto hanno disputato i giuristi, può essere differente l'aspetto — 1.° Gli eruditi indagarono se nel giure Romano le parole *crimen* (o *facinus)* e *delictum* suonassero lo stesso: Van Vryboff (*Observationum cap.* 21, *pag.* 107) riferisce quello ai reati di azione pubblica, e questo ai reati di azione privata, nel qual senso la divisione fra misfatti e delitti avrebbe un criterio positivo, una delimitazione costante, ed una utilità — 2.° Altri (come i nuovi legislatori di San Marino) posero a criterio di tale divisione lo elemento morale, chiamando *misfatti* i reati informati da *dolo*, e *delitti* quelli che procedono da mera *colpa:* ed anche in questo senso la divisione ha un criterio determinato e incriticabile — 3.° Ma alcuni moderni non si appagarono di questi due punti di vista; osservarono esservi reati più gravi, più temuti, più abbominati, ed esservene altri più tollerati dalla pubblica opinione, e meno disonoranti. Affermata questa verità desiderarono che dei reati veri e propri (lasciando da parte le trasgressioni, o delitti di polizia, che sono una specie difforme) si facessero due classi, chiamando l'una *crimini* e l'altra *delitti:* onde a quella diversità dettata dalla pubblica opinione, rispondesse una diversità di nome e di conseguenze giuridiche. Tale idea poteva essere lodevole; ma la difficoltà stava tutta nel trovare un criterio che fosse *razionale* e *positivo:* difficoltà comune a tutte le partizioni che nei punti intermedii non offrano differenziali pronunziate per caratteri positivi e recisi. Avvi chi tuttora studia per rintracciare il criterio di questa divisione; e sperisi pure che ciò sia possibile. Intanto il codice di Francia (imitato poscia dal Napoletano, dal Sardo, e da altri) stabilì questa divisione sul criterio della *pena*, dichiarando *misfatti* i reati che erano colpiti da pene infamanti, e *delitti* quelli colpiti da pene correzionali; e su questa divisione or-

dinarono i dettati relativi alla competenza, alla recidiva e alla prescrizione. Questo sistema fu con entusiasmo accettato da molti, ma da molti altri acremente combattuto. I primi credettero trovarvi una grande utilità pratica (Chaveau et Helie *théorie du code pénal n.* 55 — Rauter *traité de droit criminel* §. 86 — Ortolan *eléments de droit pénal vol.* 1, *n.* 657 *et suivv.*— Trebutien *cours de droit criminel vol.* 1, *pag.* 75 — Bertauld *cours de code pénal pag.* 112 — Valdeson *théorie du code pénal espagnol pag.* 25 — Jordao *codigo penal portuguez tom.* 1, *pag.* 31) i secondi (Taillandier *réflexions sur les lois pénales de France et d'Angleterre pag.* 44 *et suivv.* — Lucas *de la reforme des prisons tom.* 1, *pag.* 32, *et* 57: *et tom.* 3, *pag.* 22 — Boitard *leçons sur le code pénal pag.* 33 — Lerminier *introduction à l'histoire du droit chap.* 20 — Pacheco *el codigo penal comentado tom.* 1, *pag.* 77) la combatterono per vari modi. Rossi (*Droit pénal introduct. chap.* 2, §. 2) accampò contro tale sistema un argomento che era radicalmente un sofisma. Ma il vizio gravissimo di codesta divisione si è quello che non corrisponde ad un criterio *ontologico* nei delitti, e perciò è impossibile che si adatti ad una esatta classazione delle *specie*; dal che ne consegue necessariamente che non fosse accettabile dalla scienza, e che in pratica ben lungi dallo essere utile, generasse difficoltà e confusione. Infatti poichè egli è indubitato che il criterio della *pena* non è *intrinseco* alle condizioni dei reati, ne deriva che lo stesso titolo (a modo di esempio il furto, e l'omicidio) ora sia *misfatto* ed ora *delitto* secondo le circostanze di modo o di persona che accompagnano il fatto speciale: ciò è intuitivo ed inevitabile. Laonde avviene che sorgano (come si è veduto in Francia) eterne dispute per decidere se un dato titolo di reato che ordinariamente è punito di pena criminale, ma nella specie incontra pena correzionale a causa di circostanze minoranti od attenuanti, debba in quanto alla recidiva, alla competenza, ed alla prescrizione, soggiacere ai

dettati imposti ai *crimini* o a quelli imposti ai *delitti*. Cosicchè questa divisione reca più danno che utile, e lascia sempre il titolo nello indefinito; non potendo mai in modo positivo affermarsi che (a modo di esempio) l' *omicidio* sia un *crimine*, o il *furto* un *delitto*, e via così; perchè ogni reato può essere nei vari casi o crimine o delitto. E non è vero che una divisione stabilita su cotesto criterio sia, come taluni pensano, quasi indispensabile al meccanismo di certe disposizioni. Questo è un panico frivolissimo. Lo stesso effetto si ottiene e si risparmiano tutti gl' inconvenienti quando tali ordinamenti si dettino con referenza alla *pena* (come ha potuto fare senza difficoltà e senza censura il codice Toscano del 1853 e tanti altri codici contemporanei) anzi che dettarli con referenza ad un *nome* distinto che si è voluto attribuire ai *reati*. Se si stabilisce che la recidiva, la competenza, la prescrizione si determinino secondo la *pena* minacciata al fatto speciale che si esamina, si prende per guida una verità che non fallisce mai: se invece si preferisce la formula subordinata all' essere la specie o un *crimine*, o un *delitto*, non si prende per guida una verità reale, ma una nozione continuamente variabile. Volete che il furto quando è punito con la galera si prescriva solo con 10 anni e non con 5? Ebbene allora ditelo così come è. Io non so capire il motivo per cui la proposizione — *i delitti puniti di pena superiore al carcere non si prescrivono che con 10 anni* — siavi necessità di scinderla nelle due proposizioni — *i reati puniti con pena superiore al carcere sono crimini* — *i crimini non si prescrivono che con 10 anni*. Dettato il precetto con la prima formula esso ha un dato positivo, al quale il giudice concatena senza esitazione nessuna la conseguenza giuridica che ricerca, perchè nel tempo stesso in cui determina la pena decide sopra la prescrizione. Espressa la regola con la seconda formula essa lo lascia sovente nella incertezza, quando avviene che egli abbia a conoscere di un reato (per esempio il furto) che ora incontra pena superiore ed ora

pena inferiore secondo le concomitanze: oppure abbia a decidere intorno ad un reato che d'ordinario incontrerebbe pena superiore, ma che per minoranti speciali ricade sotto pena inferiore. Allora nasce la perpetua dubitazione (fonte di tante divergenze fra i pratici) se il così detto crimine rimanga crimine anche quando la minorante o l'attenuante lo ha condotto a pena inferiore; ovvero se per tale emergenza sia degenerato in delitto. Ad ogni modo è sempre una inesattezza quando si cercano i caratteri differenziali fra diverse specie appartenenti al medesimo genere sommo, desumerne il criterio da accidentalità esteriori. Tanto varrebbe dividere le malattie sul criterio dei diversi farmachi che un medico crede respettivamente prescrivere avverso le medesime. Ciò che deriva dagli accidentali è sempre necessariamente variabile: la classazione degli enti che si studiano in una dottrina ha bisogno di essere permanente e positiva. E se non si hanno dei criterii permanenti e positivi, ciò mostra che la pretesa distinzione è fittizia e perciò disutile fonte di confusioni. Il reato si distingue dagli atti politicamente innocenti per connotati assoluti e costanti. Ma quando si pretende trovare nel reato due forme opposte, le quali servano di guida al giurista per distinguerli in due categorie, bisogna trovare un altro criterio costante e positivo ancora esso per potere insegnare che alla prima categoria appartiene tale o tal altro titolo, e che tale o tale altro titolo appartiene alla diversa categoria. Siffatta delimitazione e collocamento dovendo definire le condizioni giuridiche di ciascun fatto criminoso, deve procedere da caratteri essenziali al *fatto criminoso medesimo*. La determinazione di una o di altra pena subisce invece lo influsso di circostanze estranee al fatto criminoso. Per tal guisa un reato che è detto crimine, viene spesso a colpirsi con la pena del delitto per la vecchiaja, per la infermità, e per la resipiscenza dello agente, e per altre simili contingenze tutte estranee al fatto criminoso. Simile classazione non può dunque riuscire che fluttuante ed arbitraria. Dimandate ad

un adepto di quella scuola se (a modo di esempio) una violenza carnale è crimine o delitto. Egli non può rispondervi nè sì nè no. Potrà rispondervi che a Parigi è crimine, a Torino delitto, a Firenze ora crimine ed ora delitto; ma poi, distinguendo i casi, vi verrà a concludere che la violenza carnale qualche volta è crimine e qualche volta delitto. Questo risultamento mostra ad evidenza che la troppo vagheggiata distinzione non è buona proprio a niente per una esposizione scientifica, e può utilmente risparmiarsi ancora in un codice. Quando poi con quel fallace criterio della penalità si procede oltre a voler distinguere anche i *delitti* dalle *trasgressioni*, allora si cade in un palpabile assurdo, come largamente mostrai nel mio scritto intitolato *terzo foglio di lavoro sul Progetto di Codice Penale Italiano.*

§. 1081.

Intanto vuole prima di tutto essere segnata la linea che distingue i delitti in due grandi classi, secondo che essi presentano nel loro materiale resultato, o nel disegno dello agente, sia la lesione sia il pericolo di un diritto *universale*, oppure la lesione o il pericolo di un diritto *particolare*. Queste due classi noi distribuiamo in due distinte sezioni, chiamando delitti *naturali* quelli che ledono soltanto un diritto particolare, cioè un diritto che pertiene soltanto ad un individuo o famiglia, o ad un determinato numero d' individui: e delitti *sociali* quelli che (prescindendo dal tipo comune della offesa alla *opinione della sicurezza)* ledono anche immediatamente un diritto universale, attaccando una qualche cosa sulla quale tutti i consociati hanno un interesse e diritto comune. E appunto si dicono

delitti *naturali* i primi, perchè a concepire i medesimi non è necessaria la configurazione di un consorzio di cittadini, avendo la natura stessa compartito all'uomo dei diritti, dei quali ha necessità come individuo. Tali diritti bisognerebbe riconoscerli anche tra pochi individui che si trovassero gettati in una isola disabitata e fuori di ogni civile consociazione. E poichè la legge naturale comparte all'uomo questa serie di diritti, e vuole che in lui siano protetti, e vuole soltanto come mezzo indispensabile di tale protezione l'organamento dell'autorità civile, la denominazione di delitti *naturali* data a quei fatti che si limitano a ledere tali diritti, altro non è che una logica deduzione dei nostri principii.

§. 1082.

E poichè sarebbero affatto inconcepibili le idee di diritto universale, di cosa comune fra una moltitudine, di offesa recata direttamente ad una moltitudine con l'attentare ad una sola cosa, senza procedere da una qualunque siasi legge di consociazione, che abbia costituito siffatta comunione e universalità di interessi, e di diritti; così è sempre una logica deduzione dei nostri principii la denominazione dei delitti *sociali* che noi diamo a questa seconda classe di malefizii.

§. 1083.

Non è già che noi per tal guisa costituiamo un'antitesi fra condizioni naturali, e condizioni sociali della

umanità. Neppure per ombra. Noi professiamo la dottrina che il primo fatto naturale imposto da Dio alle moltitudini tostochè si sono trovate sulla faccia della terra fu la consociazione civile: onde la Società civile non è che lo svolgimento spontaneo della legge naturale. Ma pure la differenza esiste storicamente, perchè le moltitudini non sono nate prima delle unità: ed esiste scientificamente, perchè (come avremo luogo di largamente conoscere in seguito) i delitti sociali hanno una fisionomia tutta propria, e caratteri e condizioni distinte dai delitti naturali; prevalendo in quelli più spesso la considerazione dei molti su quella dell' uno, e in questi la considerazione dell' uno su quella dei molti.

La nostra nomenclatura ha dunque la sua ragione nella *genesi immediata* del diritto offeso. E dico *genesi immediata*, perchè anche i diritti sociali risalgono come a prima origine alla legge naturale. I diritti sociali hanno *causa* dalla legge di natura. Ne hanno *causa;* ma non sono dati da lei: e perciò subiscono entro certi limiti le norme e modificazioni che piace allo Stato d' imporre; mentre i diritti naturali da lei hanno causa, e da lei sono dati all' uomo direttamente, e lo Stato non può contro i precetti di lei conculcarli.



SEZIONE PRIMA

DELITTI NATURALI

PRENOZIONI

§. 1084.

Delitti *naturali* sono quelli che hanno per oggetto un diritto all' individuo attribuito dalla stessa legge di natura. Tali fatti sarebbero lesioni del diritto anche prescindendo dalla società civile, e da ogni legge umana. La legge umana in ordine a cotesti fatti non *crea* il *divieto*. Il divieto emana da una legge superiore. La legge dello Stato non fa che ripetere il *divieto*, definire i caratteri giuridici della infrazione; ed aggiungervi la sanzione penale per completare la legge primitiva e tutelare efficacemente il diritto. Qui non cade di cercare l' oggetto della delinquenza in un diritto astratto, nella violazione di una idea, come avviene nei crimini contro la pubblica fede, contro la pubblica quiete, ed in genere nei *delitti sociali*. In questi la potenzialità del danno non esaurisce la consumazione del reato a differenza di quelli. Siamo in faccia a beni reali, materialmente goduti dall' individuo, e che materialmente devono essere attaccati e violati dal ma-

lefizio, perchè questo raggiunga la sua perfezione. Ideé più semplici, criterii più concreti e positivi, delineano le figure che troviamo in questa *prima sezione*, a differenza di quelle che troveremo nella *seconda sezione*, come a suo luogo verrà dimostrato.

§. 1085.

I delitti *naturali* (1) traggono la partizione delle loro classi dalla diversa specie dei diritti naturali che ledono. Questi si dividono per la indole loro in altrettante classi in quante possono dividersi i *beni* materialmente goduti dall' uomo per la sua natura di *uomo* isolatamente considerata, indipendentemente dalla sua posizione sociale di cittadino di uno Stato. Questi beni comodamente si partono in sei classi. — 1.° La *vita* — 2.° La *integrità personale* — 3.° L' *onore* — 4.° La *libertà personale* — 5.° La *famiglia* — 6.° La *proprietà*. Di qui la partizione dei delitti naturali in sei classi; delle quali i confini niente hanno di arbitrario, ma sono delineati in modo positivo e pronunciatissimo dalle respettive condizioni ontologiche.

(1) Non approda la censura che si è voluta fare contro la formula da me preferita, osservando che anche nei delitti che io chiamo *naturali* vi è sempre qualche cosa di *sociale*. Sicuramente vi deve essere il danno *mediato*; poichè questo è il carattere costante che separa le azioni malvagie e dannose le quali non costituiscono delitto, dalle azioni malvagie e dannose le quali costituiscono delitto. Quando dunque una classe s' incomincia dal chiamarla col nome di delitti, si è già indicato con questa sola parola una serie

di fatti che presentano un danno mediato universale. Ma quando poi questo complesso di fatti che hanno a comune quel carattere del danno mediato universale, si voglia dividere in due grandi classi subalterne per farsi strada nello studio e nello insegnamento alla successiva suddivisione delle materie, bisogna naturalmente metter da banda quel criterio che è *comune* a tutti, per la intuitiva ragione che sulla scorta di un criterio *comune* non è possibile suddividere mai nessuna materia. È necessario allora prendere per guida dei criterii difformi, perchè le specie si distinguono mercè i criterii di dissomiglianza, e non mercè i criterii di somiglianza che costituiscono il *genere* e lo separano da altro genere. Non è più allora il danno *mediato* (carattere sociale comune a tutti i delitti) ma il danno *immediato* quello che deve porgere i successivi caratteri differenziali della specie criminosa. Ora il danno immediato si rappresenta dal diritto leso direttamente con l' azione criminosa. Ed essendo incontrastabile che l' uomo in società ha dei diritti *particolari* dati a lui come individuo dalla natura, e dei diritti *universali* dati a lui come cittadino dalla consociazione, così la contemplazione di questo danno immediato ci porta diritti alla grande divisione primaria dei delitti di *danno immediato particolare* e di *danno immediato universale:* e poichè i primi offendono immediatamente ciò che all' uomo è dato dalla natura, e i secondi offendono ciò che è dato dalla consociazione, così è ovvio quanto semplice che al predicato di *naturale* o di *sociale* che pertiene indubitatamente al diritto attaccato, corrisponda uno identico predicato designativo della respettiva offesa. La parte generale di una scienza è lo studio delle identità nelle specie diverse. La parte speciale è lo studio delle divergenze nelle singole specie, e della unità armonica alla quale le collegano i caratteri di identità generale.

CLASSE PRIMA

DELITTI CONTRO LA VITA UMANA

CAPITOLO I.

Dell' omicidio *in generale e del suo elemento* materiale, *ossia della sua* essenza di fatto.

§. 1086.

Alcuni usarono la parola *omicidio* (1) in un largo concetto; e consideratolo in senso generico e come mero *fatto* lo definirono — *la uccisione dell' uomo commessa dall' altro uomo.* Così largamente inteso l' omicidio sarebbe un genere che comprenderebbe in sè anche la uccisione esente da ogni penale responsabilità: e per conseguenza anche l' omicidio *legittimo,* che è quello commesso *tolerante lege* per diritto di necessaria difesa di *sè* o d' *altrui* (2) gli estremi del quale si svolsero (§. 296) alla materia della *coazione:* comprenderebbe pure l' omicidio *legale,* che è quello che commettesi *praecipiente lege:* per esempio dal carnefice, nel qual caso l' uomo è ucciso dalla legge e non dall' uomo; e quello che si opera dal soldato in legittima guerra. Comprenderebbe pure l' omicidio puramente *casuale:* nel quale l' uomo, strumento passivo di una forza superiore che lo rende uccisore del

proprio simile, non è causa morale della propria azione (3) e ne è perciò irresponsabile.

(1) Bibliografia — Gandino *de maleficiis, cap. de homicidiariis et eorum poenis* — Angelo *de delictis cap.* 64 — Blanco *de homicidio* — Grassetto *de nece proditoria* — Carpano *de universa homicidiorum materia* — Claro *practica §. homicidium* — Rousseaud de la Combe *matières criminelles part.* 1, *chap.* 2, *sect.* 7 — Caballo *de omni genere homicidii* — Anton Matheo *de criminibus ad lib.* 48, *tit.* 5 — Gomez *var. res. lib.*3, *cap.* 3 — Richter *Velit. acad. vel.* 40 — Bocero *Disp. class.* 4, *disp.* 14, *de omni homicidio* — Puttmann *elementa juris criminalis cap.* 18, §. 277 — Kemmerich *synopsis juris criminalis. lib.* 2, *tit.* 1 — Koch *institutiones juris criminalis* §. 436, *et seqq.* — Van Berkout *de homicidio voluntario* — Witteveen *de homicidio* — Boulenc *repetit. in collect. a* Limpio *vol.* 6, *pag.* 465 — Jousse *traité de la justice criminelle vol.* 3, *pag.* 480, *part.* 4, *tit.* 21 — Carpzovio *pract. crim. pars* 1, *quaest.* 1 *et plur. seqq.*; *et pars* 3, *qu.* 108, 122, 142, 150: *et ibi* Boehmer *in observat.* — Cantera *quaestiones criminales cap.* 7 — Ciazzi *discep.* 26 — Mattheu et Sanz *de re criminali controv.* 20, 22, 30, 31 — Reinold *opuscula juridica exercit.* 5, *de confusione legis Corneliae de sicaris cum Aquilia* — Bossio *tractatus varii tit. de homicidio*, *pag.* 177 — Raynald *observ. crim. lib.* 1, *cap.* 7 — Blackston *commentaries book* 4, *chap.* 14 — Deciano *tract. crim. lib.* 9, *cap.* 17 *et seqq.* — Paoletti *Institutiones theorico praticae criminales lib.* 3, *tit.* 9 — Meister *Principia juris criminalis sect.* 2, *pars.* 2, *cap.* 9 — Boehmer *elementa jurisprudentiae criminalis* §. 99, *et seqq.* — Leyser *medit. ad Pandectas, spec.* 596. — Caravita *institutiones criminales lib.* 4, *cap.* 53 *ad* 61 — Renazzi *elem. jur. crim. lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 1 — Cremani *de jure criminali*

lib. 2, *cap.* 5 — Poggi *elementa jurisp. criminalis lib.* 3, §. 1 *et seqq.* — Contoli *dei delitti vol.* 5, *cap.* 1 — Carmignani *elementa* §. 850 *et seqq* — Giuliani *istituzioni di dir. crim. lib.* 4, *part.* 2, *trattato* 1, *cap.* 1 — Puccioni *Saggio pag.* 428 *e segg.* — Chaveau et Helie *théorie du code pénal chap.* 43.

(2) Quantunque siavi tuttora taluno fra noi che serba in petto la opinione non doversi ammettere moderame d'incolpata difesa per chi abbia ucciso nei termini della necessità un ingiusto aggressore non di *sè stesso* ma di *altri*; pure cotesto pensiero più pagano che cristiano non prevale generalmente nei codici contemporanei — codice Francese art. 328 — *necessité actuelle de la legitime défense de soi même*, ou d'autrui — codice Ticinese art. 260 — *necessaria difesa della vita propria od* altrui — codice Sardo art. 559 — *legittima difesa di sè stesso o di* altrui — codice Napoletano §. 373 — *necessità attuale della difesa di sè stesso o di* altrui — codice Estense art. 377 — *legittima difesa di sè stesso o di* altrui — codice Parmense art. 356 — *durante la necessità attuale di legittima difesa sia di sè stesso sia di* altrui — codice Bavaro del 1813 art. 125 — *pour détourner de lui même ou* d'autrui — codice dei Grigioni §. 46. — *illecito attacco contro la propria od* altrui *persona* — codice Austriaco §. 2, lettera *g* — *respingendo da sè, o da* altrui — codice di Vaud art. 57 — *défense de soi même ou* d'autrui — codice Prussiano §. 41 — *attaque actuel et injuste de soi même ou* d'autrui — codigo Criminal do Brasil art. 14, §. 4 — *defeza da pessoa de um terceiro* — codigo Español art. 8, §. 6 — *en defensa de la persona o derechos de un* estrano — codice Peruviano art. 497 — *defensa de la propria vida ò de la de* otra *persoua* — codice di Bolivia art. 577 — *defensa de la propria vida ò de la de* otra *persona* — codice di Malta art. 214 — *self defence or lawful defence of* another *person* — codice del Vallese art. 228 — *defense de soi même ou* d'autrui — codice di Friburgo

art. 57 — *défense de soi même ou* d' autrui — codice di Portogallo del 1852 art. 14, n. 3 — *defeza de si, ou de outra pessoa* — codice di Neuchatel art. 39 — *défense de lui même, ou* d' autrui — codice di S. Marino art. 24 — *difesa della vita propria o di* altrui — codice Belga del 1867 art. 416 — *défense de soi même ou* d' autrui — Progetto del codice penale Portoghese art. 73, §. 3 — *os que obrarem em legitima defeza de si, ou de* outrem. — e il codice Svedese sanzionato il 16 febbrajo 1864 sancì al §. 11 del cap. 5 la regola in questi termini — *se un individuo viene in soccorso a colui che corre un pericolo, la legge sarà a suo riguardo come se avesse corso questo pericolo egli stesso.*

(3) Tengo come più esatto il linguaggio di coloro che alla uccisione casuale non applicano la denominazione di omicidio: Puttman *elementa* §. 277 — Koch *institut.* §. 436.

§. 1087.

L' omicidio considerato in senso più stretto, e come delitto, si definisce — *la strage dell' uomo ingiustamente commessa dall' uomo.* Per *uomo* qui s' intende ogni qualsiasi individuo che alla specie umana appartenga; senza distinzione di sesso, nè di età, nè di razza, nè di condizione: anche il neonato, benchè di forme mostruose (1) purchè umane, anche il moribondo possono essere soggetto passivo dell' omicidio. Indifferenti pure sono alla essenza di fatto di questo titolo i *mezzi* adoperati ad uccidere; purchè siano stati efficace causa di morte se vuolsi rimproverare l' omicidio *perfetto*, o capaci di produrla se vuolsi rimproverare l' omicidio *imperfetto*. Indifferente che *direttamente* o *indirettamente*, come per via di fame *(leg. 4 ff. de liberis*

agnoscendis) o per falsa testimonianza o sentenza dolosamente ingiusta *(leg. 1, prin. et §. 1, ff. ad leg. Cornel. de sicariis)* siasi procurata la morte altrui (2). Indifferente ancora il *consenso* (§. 49) dell'ucciso (3). Indifferente che siasi ucciso per *omissione* o per *commissione (leg. 3, §. 4, ff. ad leg. Cornel. de sicariis)* (4). Indifferente presso i popoli culti che l'ucciso fosse cittadino o straniero. Alla *essenza di fatto* dell'omicidio basta solo che un uomo sia morto, e che di questa morte sia *stato causa* il fatto dell'uomo.

(1) Nelle fonti del diritto romano trovasi distinto il *monstrum* dall'*ostentum: leg. 14 ff. de statu hom. — leg. 38, et 135 ff. de verb. signif. — leg. 3 C. de posthum. haeredib.* Sembra che *ostentum* designasse quel parto che presentava una conformazione anormale, ma pur sempre riconoscibile per appartenente alla specie umana; *monstrum* quello che non offriva forma umana: Gravina *de orig. juris lib. 2, cap. 31.* Una legge di Romolo riprodotta nelle XII tavole disponeva, *pater insignem ob deformitatem puerum cito necato;* ed altra nelle stesse XII tavole — *monstrosos partus sine fraude caedunto:* Bergero *electa jurisp. crim. vol. 1, pag. 97 — monstra impune occiduntur.* Speciali disposizioni intorno alla uccisione dei mostri si conservarono anche nelle consuetudini dei vari paesi. Vedasi intorno al costume di Normandia Godefroy *commentaires sur la coutume de Normandie tom. 1, pag. 159, 1.*

(2) *Leg. 15 ff. ad leg. Corn. de sicariis* — Voet *ad Pandectas lib. 48, tit. 8, n. 3* — Poggi *lib. 3, §. 2.*

Nei termini del codice Austriaco si è recentemente disputato se possa spendersi il titolo di *omicidio* contro chi per via di falsa testimonianza o calunnia procura dolosamente la decapitazione dello innocente. Questa disputa sem-

bra rimanere puramente tecnologica in faccia ad uno statuto penale (come il codice Francese, il codice Toscano, Sardo, Modenese, ed altri) che adegui nella pena il fatto di chi uccide altri di propria mano, e il fatto di chi dolosamente procuri con falsa testimonianza o calunnia reale la decapitazione dello innocente. Ma dove siano differenti nella respettiva misura le pene inflitte contro la calunnia produttrice di una esecuzione capitale, e le pene contro l'omicidio, la disputa è viva e palpitante. E più lo diviene per la succedanea ricerca che se ne sviluppa sull'applicabilità o non applicabilità delle circostanze aggravanti derivate dai rapporti del sangue. La ragione di dubitare nasce da questo, che la morte dello innocente non è derivata da un fatto del colpevole che abbia *direttamente agito* a spegnere quella vita: la morte, dice Frühwald, è nata dall'azione del carnefice, non dall'azione del calunniatore. Ma quest'obietto a me sembra sofistico, tostochè si ricordi che per generale principio della scienza l'irresponsabile che materialmente uccise, si considera come la lunga mano o il cieco strumento del responsabile che lui spinse ad uccidere. Onde io penso che a ragione il Kitka sostenesse, come vivamente sostenne, essere anche qui veramente applicabile il titolo di *omicidio*. Il Rauter proclamò in Francia la stessa opinione, e propose e trattò la questione sotto un punto di vista più generale. Cercò se ad avere l'omicidio fosse necessario un *atto materiale* del colpevole che avesse troncato la vita del nemico, o se bastassero atti morali, come per esempio il grave dolore o spavento cagionato a fine di recar morte, o l'invio malizioso della vittima nel luogo del pericolo. E sostenne la perfetta parificazione fra mezzi *morali* e mezzi *materiali*. L'Helie al contrario parve propendere per la necessità dell'atto *materiale*, per la ragione che appo lui assume gran peso, della difficoltà di fare una prova concludente della *direzione* e della *efficienza* speciale degli atti morali. Lo spaventa la necessità di abbandonare la sorte dell'accusato ad

una prova tutta congetturale. A tale argomento risponde la osservazione del Rauter che questa è questione di prova. Sicuramente in faccia ad un' accusa di omicidio per atti morali, si dovrà essere più rigorosi nello esigere una prova apodittica dell' *animo* e della *efficienza*. Ma quando nel caso pratico siavi luminosa cotesta prova, la difficoltà della prova non può senza sofisma accettarsi come ragione per esimere il reo dal meritato castigo. Nella disputa fra Kitka e Frühwald gettossi il Wagner non per comporla, ma per dar torto ad entrambo; insegnando non doversi alla ipotesi della calunnia mortifera applicare nè il titolo di *calunnia*, nè il titolo di *omicidio*, ma sibbene un terzo titolo, che egli trova previsto dal §. 87 part. 1, combinato col 2.° alinea del §. 88 e col §. 86 del codice penale Austriaco. Ma checchè sia di cotesta soluzione del Wagner, la medesima, come tutta figlia di una specialità statutaria, niente influisce sulla questione guardata sotto il punto di vista scientifico. In diritto filosofico noi crediamo non siavi ragione di dipartirsi dallo insegnamento dei Romani, nè ammettere distinzione alcuna di mezzi, dovunque si obietti l' omicidio doloso, e ne ricorrano dimostrati gli estremi — atto comunque causativo di morte — intenzione di farlo a cotesto fine.

(3) La uccisione del *consenziente* differisce dalla uccisione di *sè stesso*. Nel primo caso rimane il titolo dell' *omicidio*. Nel secondo caso sorge il titolo di *suicidio (autokeiria)* o *propricidio ;* comunemente distinto nelle scuole dal primo. Non manca però fra gli scrittori chi pretermetta cotesta distinzione, noverando fra gli omicidii anche il suicidio: Vasquio *cont. illustr. disp.* 1, *cap.* 11, *n.* 2 *et seqq.* — Bocero *clas.* 4, *disp.* 14, *n.* 6 — Carmignani *Elem.* §. 922 (Edizione di Roma): che lo pone anzi fra i qualificati dal vincolo del sangue. Sul qual proposito è singolare la questione che si propose pel caso che alcuno tenga ferma nel pugno la spada sguainata, nella quale l' altro corre volonteroso ad infiggersi. Si cercò se colui che

reggeva la spada fosse autore di *omicidio*, o complice di *suicidio*. Il Kock insegnò (*Inst. crim.* §. 453) che dovesse tenersi *autore di omicidio*, e non soltanto *complice* di *suicidio*.

(4) L'Hawelka pretese di opporsi alla comune opinione, insegnando che la morte cagionata per mera *omissione* quantunque malvagia, non costituisse titolo di *omicidio*, se la *omissione* non potea tramutarsi in un *atto positivo*. Così, egli disse, colui che con lo omettere di dare gli alimenti ad un infermo affidato alla sua custodia lo fa perire non è responsabile di omicidio per l'atto negativo di non dare l'alimento, ma per l'*atto positivo* di avere assunto la custodia dell'infermo, col quale atto egli ha distolto altri dal prenderne cura. La nostra mente si adatta male a certi ragionamenti che vanno tanto per la sottile, e che ponno riuscire pericolosi nelle materie penali. Il ragionamento dell'Hawelka porta alla conseguenza che chi fece perire l'infermo di fame, non possa dirsi responsabile di omicidio, se non quando risulti che assunse la cura dello infermo col fine di farlo perire di fame. Altrimenti non sappiamo come possa affermarsi che l'*atto negativo* è una *continuazione* dell'*atto positivo*. Non persuadendoci che l'*atto reo* di negare gli alimenti a fine di uccidere possa dirsi *continuazione* dell'*atto onesto* di assumere la cura di un infermo; non crediamo che la comune opinione possa vacillare per siffatte speculazioni. In faccia alla legge etica *agisce* immoralmente tanto chi fa un atto positivo, quanto chi con l'azione interna della sua volontà tiene il corpo inerte, quando era suo dovere di farlo agire. In faccia alla legge penale non vi ha ragione di distinguere fra l'*azione* e la *inazione*, quanto alla possibilità generica della delinquenza, salvo i debiti divarii nelle respettive condizioni. Actius (*de infirmitate cap.* 43, *num.* 46) trattò la questione se fossero rei di omicidio i medici che avessero ricusato di curare un ammalato, sicchè per quel crudele rifiuto

egli fosse venuto a perire mentre avrebbe potuto esser salvo con tempestivo soccorso.

§. 1088.

La verificazione di questa essenza di fatto è ciò che chiarisce il corpo del delitto nell'omicidio: si esige cioè la prova che quella vita è cessata *preternaturalmente per il fatto dell' altro uomo.* I Romani non ebbero una idea distinta di codesta prova; e confusero la prova del *materiale* dell' omicidio con la prova dello *speciale*, quantunque qualche traccia se ne abbia nella *leg.* 1, §. 24, *ff. de Scto Silaniano* (1). Vennero a distinguerla gli interpetri: ed insegnarono che la prova del materiale dovesse essere *preambula*, e tutta distinta da quella dello speciale. E Innocenzo III fu il primo (1214) che concretò in legge questa dottrina (*cap.* 18 *de homicid.*): onde sulla scorta di cotesto capitolo si venne nel fòro generalizzando la regola, che nei processi di omicidio il materiale dovesse verificarsi col mezzo di perizia medica (2). Così s' introdusse l' opera dei medici nei giudizi criminali: e lo intervento loro rimase da quell' epoca in poi indispensabile in ogni processo relativo a delitti di sangue presso tutti i popoli culti. Dapprima i periti si fermarono alla ispezione esteriore del cadavere e delle ferite, procedendo al giudizio loro col mezzo di congetture. Ma poichè l' anatomia si fu purgata dagli anatemi che l' avevano proclamata opera bestiale e diabolica, poterono i periti in questi processi esaminare le più recondite parti del cadavere mercè la necroscopia: lo

scalpello anatomico divenne uno strumento indispensabile alle criminali verificazioni dell' omicidio. Invalse così la regola che la prova dello *ingenere* del delitto nell' omicidio dovesse costruirsi sulla certezza fisica: e codesta regola tuttavia si mantiene anche sotto il sistema della intima convinzione. E ben chiara quanto assoluta n' è la ragione: poichè non può procedersi a cercare l' autore di un delitto finchè non è accertato che il delitto esista. E non può affermarsi che esista il delitto di omicidio, finchè non si è accertato che un uomo è morto per fatto dell' altro uomo. Nè può dirsi certo che un uomo è morto, finchè non si è trovato il suo cadavere, o gli avanzi almeno di quello debitamente riconosciuti. La confessione del reo, la prova di colpi o ferite arrecate ad un uomo, lo scomparimento di questo, non hanno un nesso necessario con la morte avvenuta. E la storia dei criminali processi porge dolorose testimonianze (3) che quando i tribunali hanno dimenticato codesta regola salutare hanno spesso condannato degl' infelici come colpevoli di avere ucciso persona che era tuttavia trai viventi. Inoltre anche quando il reperimento delle spoglie mortali può farne certi che quell' uomo cessò di vivere, non ne fa ugualmente certi che la *causa* di quella morte sia stata la mano dell' uomo. E qui di nuovo a supplire il difetto della certezza fisica non valgono le confessioni del reo; non valgono (almeno nei casi (4) ordinarii) le attestazioni o le dimostrazioni di ferite arrecate; perchè l' accusato (5) e i fidefacienti possono essere vittime di un errore, supponendo che quella morte sia stata lo effetto della recata violenza, men-

tre in faccia al vero era intervenuta una causa naturale incognita che avea repentinamente fatto cessare quella esistenza. In una parola il sofisma *post hoc ergo propter hoc*, sebbene pur troppo comune, è sempre un sofisma: e non è tollerabile che di tale sofisma si faccia base ad una condanna per omicidio. Bisogna dunque che il perito settore verifichi coi sensi proprii il nesso di causa ad effetto tra le violenze patite e la morte. E ciò deve verificare per doppia via: per via diretta, riscontrando di quelle violenze gli effetti immediati, e l'abilità in questi di far cessare la vita: e per via indiretta, o per esclusione, verificando con la ispezione di tutte le cavità, che nessun'altra causa di morte intervenne.

(1) *Item illud sciendum est, nisi constet* aliquem esse occisum, *non haberi de familia quaestionem; liquere igitur debet*, scelere interemtum, *ut senatoconsulto locus sit.*

(2) Reiffenstuel *jus can. univ. lib.* 5, *decret. tit.* 12, §. 2, *n.* 53 — Gonzales *ad dict. tit.* 12, *cap.* 18, *nota* (j) — Barbosa *in decret. eod. tit. et cap. n.* 2. Il Claro scrittore del XVI secolo (*Sent. lib.* 5, §. *fin.; et Pract. crim. quaest.* 55) ne parla come di una pratica già vecchia; ne determina le norme; e riferisce esempii di giudici puniti per averla trascurata. Un Editto della Vicaria di Napoli nel 1525 ne fece precetto speciale ai giudici; come vedesi nella *Pragm.* 27, §. 29 *et* 54, *de officio magistri justitiarii.* Carlo V dopo pochi anni (1532) riprodusse nella Carolina all'art. 6, §. 8, e all'art. 149, un uguale precetto per la Germania. Perlochè non vi è, può dirsi, dissenso alcuno fra li scrittori alemanni sulla accettazione di siffatta regola: Kress *notae ad C. C. C. art.* 6, §. 8; *et art.* 149, §. 3 — Carpzovio *pract. crim.* 3, 208 —

Hommel *rapsodiae obs.* 9 — Clasen *ad C. C. C. art.* 6, *n.* 3; *et art.* 149, *n.* 4 — Boehmero *meditationes ad C. C. C. art.* 6, §. 12, *et art.* 149 — *idem ad* Carpzovium *quaest.* 26, *obs.* 3. E dipoi i buoni codici di procedura penale presero cura di dettare ordini precisi sulla constatazione dello *ingenere*: vedansi le *leggi di procedura penale pel regno delle Due Sicilie tit.* 3, *cap.* 1, §. 54, *e segg.*

(3) Vedansi i casi riferiti dal Brugnoli *della certezza e prova criminale* §§. 143, 207, 304, 313, 578.

(4) Dico nei casi ordinarii, perchè vi possono essere tali *forme* di uccisione che rendano impossibile una ispezione cadaverica: come se uno scellerato appicchi il fuoco alla casa dove abita il suo nemico per farlo perire tra le fiamme; e difatti ottenga il suo scopo. Impossibile che si porti innanzi al giudice l' esame peritico del cadavere se fu distrutto dalle fiamme. Necessità che la giustizia si appaghi dei luridi avanzi di corpo umano reperiti fra quelle ceneri; delle testimonianze dei vicini che udirono tra le fiamme le lamentevoli strida di quello infelice; e assicurano al fermo la assoluta impossibilità che egli per qualche via si procurasse salvezza. Necessità allora che il reo subisca la posizione che egli stesso si fece; nè si ascolti quando chieda guarentigie ch' ei rese affatto impossibili con l' opera sua. Ma bisognerà però sempre che cotesta *eccezionale* prova suppletoria del materiale escluda *assolutamente ogni possibilità* contraria. Non basterebbero, a modo di esempio, i testimonj che accertassero aver veduto gettare un uomo vivente in mare, o le confessioni dell' accusato di avere ciò fatto. In questi termini è classico il caso riferito dal Rosa (*prax. lib.* 1, *cap.* 1) di due marinari di Chiaja che furono giustiziati per la confessione da loro fatta di un delitto consimile; mentre in fatto i due giovani che costoro avevano gettati in mare erano stati salvati, e vivevano felicemente a Roma.

(5) Nell' *Eco dei Tribunali* del giorno 24 marzo 1864, *n.* 1421, riportasi un caso nel quale una pretesa infanticida

avea confessato che il suo bambino era nato *vivo*, che aveva fatto dei moti con le braccia, che aveva emesso dei lamenti. Ma ciò non ostante, le verificazioni di un primo, e di un secondo Collegio Medico su ciò consultati, dimostrarono come *positivo* che quel bambino era nato morto: e l'accusata fu assoluta. Ai tristi tempi nei quali la confessione si teneva come la regina di tutte le prove, e come la prova provata che dispensava dal processo, quella infelice sarebbe stata giustiziata. E ciò tanto più, poichè i Periti Medici accertarono che la testa di quel bambino era stata violentemente compressa e schiacciata da mano nemica. Lo che dimostrò che la madre aveva avuto intenzione di ucciderlo, ed aveva fatto atti idonei ad ucciderlo. Laonde nei tempi in cui s'ignoravano le giuste nozioni del tentativo, quella femmina sarebbesi pur sempre condannata ancorchè si fosse conosciuto che il bambino era nato morto. La prevalenza della prova fisica sulla confessione; e la teoria che non vi è tentativo punibile quando le condizioni del soggetto passivo rendono impossibile il risultato, salvarono l'accusata, ed impedirono una ingiustizia.

Bisogna però convenire che i buoni principii già prima assai del loro universale riconoscimento si erano fatti luce nei paesi più culti appo il senno pratico dei magistrati. Trovasi infatti nelle osservazioni forensi di Zacharia Huber (*obs.* 100) riferito il caso di un preteso avvelenatore che venne assoluto con giudicato del 12 luglio 1721, per mancata reperizione del veleno nel cadavere; malgrado le incolpazioni della supposta vittima, e la più ferma ed esplicita confessione dell'accusato. Altro consimile caso riporta il Wernher nelle sue osservazioni forensi (*tom.* 1, *pars* 2, *obs.* 489) deciso nel novembre 1709 dalla facoltà di Vittemberg. Ciò per altro non impediva al Leyser (*medit. ad pand. spec.* 598: *de corpore delicti med.* 6, *et* 19) e ad altri della sua scuola, di restringere cotesta dottrina ai soli casi di pena *capitale*, insegnando che la fustigazione o la relegazione si possono infliggere per un omi-

cidio, quantunque non consti del corpo del delitto. Grande ragione per costoro leggesi esser quella che i Giudei, i Greci, i Romani, e gli antichi Germani non mai praticarono la sezione del cadavere; perlochè la necessità di tale verificazione si novera da costoro, nè più nè meno *inter errores populares, et stratagemmata advocatorum.* Ma già abbiamo altre volte osservato che la ossequenza alla storia nel giure penale ad altro non può esser buona che a perpetuare gli errori.

§. 1089.

Questa regola è ormai inconcussa nella scuola e nel fôro. Ma quando il caso esce da una forma semplice, e si complica per la concorrenza di più cause, non trovasi oggi uguale concordia nella dottrina. I periti medici divenuti regolatori principali dei processi di omicidio in quanto alla costatazione del corpo del delitto, recarono nel fôro le osservazioni della scienza medico-legale, che venne per le anzidette e per altre cagioni ad assumere i caratteri e la importanza di una scienza distinta. Essi avvertirono che una ferita poteva essere stata causa *unica* della morte di un uomo: ma che altresì la morte poteva essere dipesa da *altre contingenze;* le quali, se non erano state la *causa diretta* della morte, avevano però agito sulla ferita rendendola *mortale*, mentre *senza di loro* non sarebbe stata mortale. Questa *concausa* avvertirono poter nascere talvolta da circostanze *accidentali* sopravvenute al ferimento; come la cura o male o troppo tardivamente somministrata, gli stravizii del ferito, od un morbo naturale in lui sopraggiunto pel quale si dete-

riorarono le condizioni della ferita; e talvolta da circostanze *individuali*, cioè da una condizione morbosa o da una anomalia organica del ferito, che aveva renduto mortale in lui quella lesione che in altri non lo sarebbe stata. Su tali osservazioni costruirono la divisione delle ferite mortali in ferite *assolutamente* letali, *accidentalmente* letali, e *individualmente* letali (1).

Nelle *assolutamente* letali non potea cader dubbio sul corpo del delitto, e sul titolo di omicidio quando constava che da loro era derivata la morte (2).

Nelle ferite *accidentalmente* mortali si considerò che non era giusto tenere responsabile il feritore della morte avvenuta per fatto non suo. E quando codesta *accidentalità* non era referibile nè connettevasi col modo di agire del feritore, si disse non ricorrere la essenza di fatto dell' omicidio, e doversi il giudicabile tenere a calcolo *de vulnerato* e non *de occiso* (3).

Nelle ferite *individualmente* mortali si distinse secondo che la condizione morbosa o innormale del ferito, era o no *precognita* al feritore, almeno presuntivamente. Se era *precognita* si considerò come da lui prevedibile la conseguenza letale e si tenne responsabile *de occiso;* se non era *precognita* si tenne responsabile soltanto *de vulnerato* (4).

(1) Vedasi su questa distinzione il Puccinotti *lezioni di medicina legale lez.* 14 *e* 15; e Lazzeretti *medicina forense vol.* 2, *part.* 3, *sez.* 3, *art.* 2 per intero, ove riporta le diverse classazioni degli scrittori.

(2) Grave disputa anche in ordine alle ferite *assolutamente* mortali sorge nel caso di una morte sopraggiunta per una causa tutta indipendente dalla ferita e che non le dette

tempo di compiere la sua opera micidiale, che per altro si giudicò dai medici inevitabile. In questa combinazione non difficile ad accadere, si può affermare che la ferita *avrebbe cagionato* la morte: ma non si può in verità affermare che *l' ha cagionata*. Si avrà dunque il titolo di *omicidio?* Su tale questione gli antichi insegnarono che nel caso di ferita mortale ancorchè la morte fosse sopraggiunta per altra causa, restava il titolo di omicidio: Claro §. *homicidium, n.* 423 — Farinacoio *quaest.* 127, *n.* 10, 17 — Jousse *vol.* 3, *pag.* 495 — Bergero *electa pars* 2, *observ.* 101. Ma tale opinione venne poscia modificandosi: Cramer *observat.* 981 — Carpzovio *quaest.* 26, *n.* 3, 4. E di vero checchè possa dirsi per istabilire il tentativo, certo è che la essenza di fatto dell' omicidio cessa quando il ferito morì per *altra causa*. In questo argomento si è preteso disputare ancora circa il modo di *prova*. Farinaccio (*quaest.* 127, *n.* 50, 52) saviamente insegnò che il giudice dovea deferire dal giudizio degli esperti. Jousse al contrario (*vol.* 3, *pag.* 496) sostiene, allegando la *decis.* 323, *n.* 12 del Boerio, che la vera regola è, doversi stare ai periti quando dicono esser venuta la morte dalla ferita; non doversi stare a loro quando affermano il contrario, perchè lo fanno per favorire l' accusato!! E questo sia un saggio del modo con cui ragionavano gli antichi criminalisti francesi.

(3) Vedansi due decisioni della Corte Regia di Firenze, l' una del 9 giugno 1851, l' altra del 24 decembre 1852, riferite dal Lazzeretti *op. cit. pag.* 419, *vol.* 2.

(4) Vedi *Annali di Giurisprudenza* 1840, *part.* 1, *col.* 123, *e segg.*

§. 1090.

Questa dottrina medico-legale si rese dominante nella pratica, specialmente in Francia e in Italia, con maggiore o minore larghezza di applicazione. La pratica toscana fece su questo punto una innovazione tutta sua.

Essa creò un *titolo speciale* che fu un vero progresso della scienza penale, come lo era il titolo di omicidio preterintenzionale, di cui diremo in appresso. Creò il titolo di *ferimento susseguito da morte*: al quale venne adattando una penalità che stesse fra quella dell'omicidio e quella del puro ferimento (1). E così si procedette per lunghi anni tra noi a ravvisare il corpo del delitto nell'omicidio soltanto in quei casi in cui la morte fosse stata o *conseguenza necessaria* del ferimento, o conseguenza di una *circostanza concomitante* di cui potesse in qualche guisa farsi rimprovero al feritore, o per esserne stato causa o per averla conosciuta (2).

(1) Vedasi Cerretelli *Repertorio par. ferimenti, ai nn.* 32, 41, 56, 58, 67, 77, 101. Esso riporta diversi giudicati ove il ferimento *susseguito da morte* trovasi punito ora col *carcere*, ora col *confine* a Volterra o nella provincia inferiore. E negli *Annali di Giurisprudenza* (1840 *part.* 1, *col.* 124) leggesi una dotta requisitoria dell'illustre avvocato generale Cesare Capoquadri con la quale si riassume tutta la teoria toscana del *ferimento susseguito da morte* — ivi — Nella nostra giurisprudenza si conosce il *ferimento susseguito da morte* ogni volta che occorrono le appresso specialità: — 1.° che la ferita non sia assolutamente ed irreparabilmente mortale — 2.° che nulladimeno sussegua la morte come effetto immediato di circostanze o cause posteriori al ferimento — 3.° che queste cause non sieno referibili e imputabili al feritore, ma riferibili e imputabili al ferito, o ad una terza persona — 4.° che fra queste cause, il ferimento, e la morte esista un nesso necessario e diretto, in guisa che esse non avrebbero avuto luogo, e non avrebbero prodotto la morte, senza il ferimento; come questo non avrebbe prodotto

la morte senza di quelle. Ed è allora, cioè nel concorso di tali specialità, che la giurisprudenza non imputa al feritore nè l'omicidio, nè il solo ferimento, ma un delitto di genere medio, che intitola *ferimento susseguito da morte;* e lo colpisce con esasperazione della pena che sarebbe stata adeguata alla punizione del ferimento, in guisa però da non infliggere quella esemplare ed infamante dei pubblici lavori — Vedansi ancora le decisioni riportate nei medesimi *Annali* 1842, *part.* 1, *col.* 510, *e* 654; 1843 *part.* 1, *col.* 431; e 1849 *part.* 1, *col.* 157.

(2) Il concetto di questo titolo speciale rimonta ai più antichi criminalisti: Gandino *de maleficiis in tit. de homicidio quaest.* 1, *n.* 24, *vers. sed pone* — Riminaldo *cons.* 282, *n* 7 — Socino *cons.* 178 — Baldo *in leg.* 30 §. *fin. ad leg. Aquiliam.* — Richter *de homicidio thes.* 56, *pag.* 823. Sulle formalità da osservarsi nella verificazione del corpo del delitto nell' omicidio secondo la pratica di due secoli fa, vedasi Ciazzi *discept.* 18.

§. 1091.

Ma alcuni giuristi, specialmente Alemanni, o perchè non bene conoscessero le ragioni delle nostre pratiche, o per vaghezza di novità, si fecero a riprodurre la più antica dottrina, figlia delle confuse nozioni del tentativo, o delle tenebre fra cui si aggirava la medicina forense, o dell' errato metodo di procedere per via di presunzioni nelle materie penali; o di tutte coteste cagioni congiunte alle severe tendenze dei tempi. Essi in tal guisa retrocedendo vennero ad oppugnare le accennate regole, sostenendo doversi mantenere il titolo di omicidio tutte le volte che la morte era stata effetto immediato, o mediato della ferita, quantunque stranie cagioni avessero contribuito alla insolita letalità (1).

(1) Vedasi su questa disputa la dotta dissertazione del Mittermaier *sul corpo del delitto nell' omicidio ;* ove con la consueta esattezza e profondità riassume lo stato della controversia: e Farret *diss. de corpore delicti, Lugduni Batavorum*, 1833.

§. 1092.

Mentre le opinioni così si agitavano nelle accademie, emanò il codice Toscano del 1853: e si lesse in in quello l' articolo 308, nel quale i seguaci del rigorismo credettero di trovare reietta la dottrina medico-legale; credettero che avesse finalmente ottenuto una sanzione legislativa quello screditato argomento: *se non lo bucava non moriva.* Il sapiente Puccioni *(Commentario art.* 308, *pag.* 442 *e segg.)* insorse virilmente contro tale interpetrazione: e dimostrò con molta robustezza di ragionamento che quelli articoli del nuovo Codice, purchè senza prevenzione meditati, niente innovarono sulle regole giurisprudenziali ricevute nelle nostre scuole e nel nostro fôro. Malgrado ciò alcuni tribunali hanno prediletto la via del rigore, ed hanno tentato di formare una dottrina pratica che sarebbe in diretto antagonismo con gli insegnamenti della scuola (1). Altri tribunali però hanno perseverato nell' interpretazione più equa e razionale (2). E giova sperare che questa opinione prevarrà nella nostra giurisprudenza. Ma o sia che il codice Toscano abbia reietto, o sia che non abbia reietto la dottrina medico-legale, la scienza non se ne commuove, e continua a venerare tale dottrina (3), male potendosi adattare l' animo

a condannare un disgraziato come autore della morte di un uomo che è stato vittima del medico, o della sciagurataggine di chi lo assisteva, o della propria imprudenza; la quale può talvolta render mortifera qualsivoglia benchè leggiera ferita.

(1) Credesi dai rigoristi che la interpetrazione severa sia più conforme allo *spirito* del codice novello: ma anche qui si parte dal preconcetto che lo spirito di rigore (innegabile in alcune speciali disposizioni del codice stesso sulle quali influirono i creduti bisogni politici) lo informi in ogni sua parte. E questo non è. E che nol sia io l'ho per certo, poichè l'esimio mio collega prof. Alessandro Doveri, il quale ebbe intimità col prof. Mori, compilatore del codice Toscano, mi ha più volte riferito il continuo lamento che quel dotto giureconsulto muoveva contro l'avvio della nuova giurisprudenza; la quale (diceva egli) *guastava il suo codice*, interpetrandolo sempre contro il suo pensiero nel senso più rigido. E se ne lagnava a tal punto da sclamare che glielo facevano apposta per discreditar lui e far venire in uggia il suo lavoro legislativo.

(2) Si veda il giudicato della Corte di Cassazione di Firenze del 1.° giugno 1859 (*Annali* 1859, 1, 400) nel quale è dimostrato con accurata e severa critica delle disposizioni del codice Toscano, come il medesimo sia coerente ai principii della scienza; e male si pretenda trovare nell' art. 308 una deviazione da cotesti principii. Al seguito di quel decreto la Corte Regia di Lucca con sentenza del 19 luglio 1859 ritenne il titolo di *lesione* in un caso nel quale una ferita nel basso ventre aveva prodotto la morte, perchè il medico troppo tardivamente, e con poca esattezza, aveva eseguito la scarcerazione dei visceri fuòrusciti; dichiarando *non poter parlarsi di omicidio tuttavolta che la morte è provenuta dal fatto di un terzo, e non è provenuta dalla lesione, nè come sequela necessaria di essa.* Vedasi ancora altra

sentenza della Corte di Lucca del 18 decembre 1865. Al contrario in una sentenza del 10 decembre 1863 la Corte stessa di Lucca dichiarò constare di *omicidio* in un caso in cui la morte era avvenuta diciotto mesi dopo il ferimento, per un idrocefalo cronico *suscitoto da una percossa* con corpo contundente nel collo dell' offeso.

(3) Ai termini del codice Austriaco del 1852, il quale al §. 134 così dispone — *commette il crimine di* omicidio *chi, con la intenzione di togliere la vita ad una persona, agisce contro di essa in modo tole che ne derivi la morte di quella o altra persona: quando anche questo esito sia avvenuto soltonto a causa della costituzione personale dell' offeso, o solo a causa delle circostanze accidentali sotto le quali fu commessa l' azione, o solo per cagioni intermedie* fortuitamente sopravvenute, *in quanto queste ultime sieno state* occasionate *dall' azione medesima* — non sono mancati commentatori, i quali abbiano ritenuto che neppure la lettera di quest' articolo abbia innovato sui principii omai riconosciuti dalla scienza. Così il Frühwald nel suo *Manuale del codice penale Austriaco* §. 134 — *ivi* — *Egli è indifferente che l' azione per sua natura in generale, od in causa della particolare costituzione fisica dell' offeso, o per un particolare stato di salute del medesimo, abbia seco trotta quol conseguenza la di lui morte: imperciocchè la legge richiede una tole azione contro una persona, che ne segua la di lui morte, ossia la morte dell' interfetto. Che se l' esito letole avvenne in forza di esterne circostanze accidentoli, le quoli quindi non sono una* conseguenza *della intrapresa azione (per esempio, a motivo del* soccorso arrecato troppo tardi *od* in modo contrario al suo scopo, *oppure a motivo della* trascuranza dell' infermo durante la cura, *o di* un' altra malattia che ci si è aggiunta, etc.) *verrà meno* la essenza di fatto *dell'* omicidio: *e si procederà secondo le circostanze per attentato omicidio, od anche per grave lesione corporale, con riflesso all' avvenuta morte come*

circostanza aggravante. Vedasi anche Heffter *Manuale di diritto penale comune tedesco, Brunswich* 1854, §. 231, nella traduzione fattane dal Bertolini nella sua *appendice* alla traduzione del Frühwald — ivi — *Non più in oggi richiedesi una* necessaria *connessione* (inevitabile, indeclinabile) *fra l' azione e il successo; e soltanto confusione ingenera la vecchia distinzione fra* vulnera absolute et non absolute lethalia — vulnera in abstracto et in concreto lethalia — per se et accidens lethalia — *non essendo più limitato nemmeno il tempo, entro cui all' azione doveva susseguire la morte onde si potesse attribuire alla stessa. Egli è nella natura delle cose che le circostanze concomitanti debbansi computare come amminicolo ed in certo modo parti dell' azione, ed è pure fondato nelle regole d' imputabilità penale il tener conto anche degli effetti sviluppatisi dall' azione, come sono gli* accidentia syntomatica *nelle ferite e le altre* conseguenze pur prevedibili: *ma non ci si computeranno* — a) *l'* accidens externum fortuitum, *comunque abbia prodotto la morte in concorrenza con la ferita, non dandosi in diritto penale un* casus mixtus — b) *l'* accidens externum culposum, *che tragga origine dalla colpa di altri, compresovi l' offeso medesimo, e non dell' agente. Ma se ad un tempo l' una e l' altra cosa produsse la morte, sarà questa attribuibile all' agente, perocchè l' una causa non dirime l' altra.*

§. 1093.

La teoria del *ferimento* susseguito da morte si riassume in due regole.

1.° La morte deve risalire al ferimento *come a sua causa.* Altrimenti si ha il titolo semplice di *ferimento.*

2.° Le concause non devono potersi ritenere come precognite al feritore, nè occasionate dal fatto suo, altrimenti rimane il titolo di *omicidio.*

Concludasi che la essenza di fatto dell' omicidio esige, che si abbia la *morte dell' uomo cagionata* dal fatto dell' uomo. Se il fatto dell' uomo fu malvagio, e diretto a nuocere; ma di per sè stesso non era capace a produrre la morte, e non la produsse che per la mescolanza di una casualità esteriore, cotesta casualità non può far sorgere il titolo di *omicidio* a carico del feritore, quando egli difficilmente poteva conoscerla, o difficilmente prevederla. Nè influisce sulla questione il dolo determinato, o indeterminato; nè la intenzione, o no di uccidere, che si ravvisi nel feritore. Ciò influirà sul passaggio dal titolo di omicidio a quello di ferimento, o a quello di omicidio tentato. Ma non potrà far correre al titolo di omicidio consumato; perchè è regola costante (e non dovrebbe mai dimenticarsi) che al difetto nello elemento materiale non mai supplisce lo elemento intenzionale; come al difetto nell' elemento intenzionale non mai supplisce lo elemento materiale. L' uno esige le proprie condizioni tutte ideologiche; l' altro le sue condizioni tutte ontologiche: le quali per la diversa natura respettiva non mai possono vicendevolmente equivalersi. Non vi è intenzione, per quanto perversa, che supplisca alla essenza di fatto di un malefizio; perchè nel diritto non si punisce la criminalità dell' agente rivelata dai suoi atti esteriori; ma si punisce un *fatto* accompagnato dalla criminalità dell' agente; e il *fatto* si misura e si definisce dalla sua

forza fisica oggettiva, e dalla connessione ontologica di questa con la sua forza fisica soggettiva (1).

(1) La teoria della essenza di fatto nello omicidio si è riassunta nei termini più semplici, che sono sempre i più veri, dalla Corte Suprema di Cassazione di Napoli nel suo decreto del 10 marzo 1866, ove stabilisce che non basta per affermare il titolo di omicidio che i giurati abbiamo in senso affermativo risposto — 1.° essersi ferito il nemico — 2.° essersi ferito con l'animo di ucciderlo — 3.° essere di fatto avvenuta la morte di quello; se ancora non si è posto in sodo il nesso ontologico fra il ferimento e la morte, cioè 4.° che la morte avvenne per effetto e conseguenza delle recate ferite.

CAPITOLO II.

Dell' omicidio *in quanto al suo elemento* intenzionale.

§. 1094.

L' omicidio può essere o *doloso*, o *colposo*, o *preterintenzionale.*

È *doloso* quando vi fu l' *animo di uccidere.* Ma l'animo di uccidere può non essere esplicito, qual si trova nel dolo *determinato.* Al fine di dichiarare *doloso* l'omicidio basta ancora l' *implicito*, qual si trova nel dolo *indeterminato:* cioè quando si usarono mezzi che per loro natura dovette prevedersi che avrebbero potuto recare la morte, quantunque questa non si volesse come resultato necessario dei proprii atti. Nell' omicidio *consumato* l' animo di uccidere *implicito* equivale all' animo di uccidere *esplicito*, limitativamente al fine di dichiararlo *doloso:* perchè sebbene non siasi *voluta*

precisamente la morte, si sono però voluti i *mezzi* dai quali si previde poterne conseguire la morte. Malissimo però ed ingiustamente si applicherebbe al dolo indeterminato la nozione del *tentato omicidio* (1). È questo un equivoco nel quale talora si cade in pratica; ma è errore gravissimo. Per *attentare* bisogna *volere* un dato effetto: non basta semplicemente *prevederlo come conseguenza possibile* dei mezzi adoperati, e ciò non ostante voler questi mezzi. Bisogna aver voluto positivamente quell' effetto (quello e non altro) ed avere agito nel calcolo di ottenerlo. Chi uccise con atti che previde essere capaci a dar morte, è responsabile per l' evento micidiale che procacciò, perchè quantunque non volesse precisamente uccidere, pure previde di potere uccidere ed uccise.

Chi non uccise quantunque usasse atti idonei a dar morte, e gli usasse pel fine determinato di dar morte, è responsabile del titolo di omicidio tentato; perchè il titolo di omicidio, se non si radica sull' evento, si radica avverso lui sulla intenzione micidiale. Ma chi non uccise, e non ebbe intenzione diretta ad uccidere, quantunque ne prevedesse la possibilità (che poi non si verificò) non può essere responsabile del titolo di omicidio, perchè codesto titolo non si radica avverso lui nè nell' *effetto* nè nell' *affetto*. Non nell' *effetto*, perchè non conseguì: non nell' *affetto*, perchè la previsione è differente dalla volontà, e a questa non equivale per i fini giuridici, tranne quando l' evento è seguito.

(1) Jonge (*de delictis pag.* 230, *et* 233, *in nota*) accusò Carmignani di avere confuso il *dolo indeterminato*

col *dolo d' impeto*. Ma Carmignani non identificò queste due forme di dolo. Disse soltanto che il dolo d' impeto è sempre indeterminato, e non disse male, perchè chi agisce nel furore di veemente passione difficilmente determina i suoi atti ad un preciso fine. Altro però è dire che il dolo d' impeto è sempre indeterminato, altro è dire che il dolo indeterminato non possa verificarsi anche fuori dell' impeto, come certamente lo può, e nessuno lo nega: nè lo impugnò Carmignani. Non fu qui dove cadde in equivoco il professore pisano, ma sulla definizione della intenzione indiretta positiva, circa la quale fu tratto in inganno dal Desimoni, che aveva confuso la indirezione dei *mezzi* con la indirezione dell' *animo*.

§. 1095.

L' omicidio è *colposo* quando si è cagionata la morte di un uomo con un atto (1) che non era diretto ad offenderne la persona; e dal quale potea prevedersi ma non fu prevednto, che ne potesse conseguire quel tristo effetto. Alla nozione dell' omicidio colposo si richiama naturalmente ciò che altrove (§. 80 e segg. e §. 124 e segg.) si notò sui caratteri della colpa, sul fondamento della sua politica imputabilità, e sulla sua graduazione. Solo è qui a ripetersi che deve esservi un grado infimo di colpa il quale sfugga ad ogni politica imputabilità. È quasi impossibile immaginare una disgrazia qualunque, che non si fosse potuta antivenire con maggiore previdenza. La forma pura del caso fortuito stando in questo, che *nulla humana prudentia praecaveri possit;* che sia assolutamente, o *imprevenibile*, o *imprevedibile:* ne consegue che là dove il fatto dell' uomo s' intromise o immediatamente, o me-

diatamente nell' evento, il *caso* nel vero suo senso è un concetto iperbolico nella vita umana. A me (per quanto vi abbia meditato) mai non riuscì di concepire una ipotesi di puro caso fortuito dove per poco la mano dell' uomo si era intromessa. Io ho spesso invitato i miei oppositori a farmi una ipotesi di un caso fortuito, in cui abbia in qualunque guisa influito il braccio umano, il quale non si fosse potuto con una prudenza maggiore antivenire: nè ancora me lo udii proporre. Ma quando tale prevedibilità o prevenibilità era così difficile, così fuori dell' ordinario corso degli umani calcoli, che la maggior parte degli uomini non vi avrebbe posto mente, si avranno i termini ontologici della colpa, ma sarà colpa tanto lieve che per gli effetti giuridici dovrà equipararsi al caso; *pro casu fortuito habenda erit* (2). La ragione di siffatta regola è evidente. La pubblica opinione si muove alla pietà non al timore. Ciascuno portando il pensiero sopra sè stesso ripete nel suo cuore, che ciò sarebbe avvenuto a tutti: e tale coscienza non è compatibile con la coscienza della necessità di una punizione. La opinione della sicurezza non si commuove per il fatto: e poichè ognuno sente che alla sua volta potrebbe trovarsi nel caso uguale di essere causa inconsapevole dell'altrui morte, quello allarme che non ha eccitato il fatto, lo eccita invece la punizione; ed il fine della tranquillità è manomesso. Non vi è bisogno di dare un esempio agli scioperati dove non è stata scioperataggine: non vi è bisogno di calmare i sospetti dei buoni, dove i buoni non sentono timore. La ragione politica della imputabilità della colpa scomparisce affatto. Un omicidio

commesso per colpa levissima non è niente più che una sventura; e le sventure dimandano lacrime e conforti, non pene. Male dunque il codice Toscano per ossequio ad una moderna teoria di giure civile, eliminò ogni distinzione della colpa; e bene farebbe a mio credere la giurisprudenza coordinando la lettera del novello codice alle dottrine universalmente seguite nelle vecchie e moderne scuole.

(1) Perchè si abbia il titolo di omicidio colposo bisogna che la uccisione involontaria dell' uomo proceda dalla mano dell' uomo. Se la uccisione provenne da un animale scorretto, benchè possa farsi al padrone dell' animale rimprovero di averlo lasciato vagante, non si avrà il titolo di *omicidio* neppure colposo. Così fu giudicato anche dalla Corte di Cassazione di Firenze nel decreto del 31 agosto 1841 (*Annali* 1841, *I*, 367); col quale fu cassata una sentenza del tribunale di prima istanza di Livorno, che aveva condannato a pena afflittiva come reo di omicidio per *colpa lievissima* il custode di un gregge, perchè un montone aveva con un cozzo uccisa una donna che passava. Questo giudicato parrebbe essere in opposizione alla dottrina (vedansi le mie *Lezioni sulla complicità*, *pag.* 148; *Opusc. opusc.* 6) che ammette la responsabilità penale nei fatti colposi anche contro la *causa mediata*, per la colpa personale che in lui si ravvisi. Si trovano infatti nei pratici moltissimi esempii nei quali si distingue fra responsabilità *civile* e responsabilità ai fini *penali*; e mentre contro la *causa mediata*, alla quale può rimproverarsi una colpa a lui personale, ammettono che egli possa essere tenuto *civiliter*, negano che possa essere tenuto *criminaliter*: Raynaldo *tom.* 3, *cap.* 25, *supp.* 1 — Paciebello *de distantiis cap.* 6, *memb.* 9, *n.* 23 — Xamar *rer. judicatarum pars* 1, *dec.* 47 — Thesauro *quaest. forens.*

lib. 1, *quaest.* 62 — Serafino *dec.* 527 — Ursaya *instit. crim. lib.* 2, *tit.* 5, *n.* 414. Malgrado ciò, e malgrado i dubbii che mi sono stati obiettati circa quella regola, io persisto a tenerla per vera. Non già nel senso che in ogni caso *la causa mediata sempre debba imputarsi;* ma nel senso che *possa* nei congrui termini venire imputata. La regola contraria conduce ad assurdo evidente nelle ipotesi in cui la *causa immediata* è irresponsabile. Ma anche nei casi di responsabilità colposa della *causa immediata*, può la colpa essere in questa più lieve e scusabile, ed essere nella *mediata* inescusabile e gravissima. E sarebbe repugnante al senso morale che chi ha debito di maggiore scioperataggine si lasciasse impunito per far cadere tutto il rigore della pena su chi fu debitore di minore imprudenza. Il padrone di casa compra una cartuccia di arsenico, la porta in casa, e la pone in cucina, là dove si tiene il sale o altre droghe. La serva avvelena con quella una pietanza, e cagiona morte. Certamente non è questo un caso fortuito; la serva usando maggiore diligenza poteva accorgersi della novità di quella carta, ed entrarne in sospetto, e non farne uso, o interrogarne il padrone. Certamente la fantesca fu la *causa immediata* del triste evento. Ma per questo tollererebbe egli l'animo che si punisse la *causa immediata*, e non la prima e più rimproverevole causa del luttuoso evento; solo perchè tra il suo fatto colposo e lo evento s'intromise la mano della fantesca? Della imputabilità delle cause *mediate* sembra avesse previsto la ipotesi il codice Parmense §. 549. Certamente l'infortunio che narra Tacito (*Annali* 4, 62) e l'altro simile verificatosi a Nantes che narra il Langieo (*semestrium pag.* 593) presentavano i caratteri di *causa mediata* negli architetti che formavano il disegno degli edifizi infelicemente ruinati di poi. Nè per questo si esitava a punirli. Del rimanente o si obietti l'omicidio colposo alla causa mediata o alla immediata, sempre è di necessità che in lei si assodi cotesta condizione di *causa*, nel che risiede la essenza di

fatto della colpa punibile. In cotesto senso è costante la giurisprudenza dei tribunali nostri per la quale anche supposti questi due fatti di una negligenza in alcuno e della morte di altri, non può obiettarsi l' omicidio colposo se non è dimostrato che il primo fatto fosse *causa* del secondo. Così il decreto della Cassazione del 21 luglio 1841 *(Annali* 3, *I*, 501) l' altro del 16 maggio 1860 *(Annoli* 22, *I*, 314) l' altro del 25 maggio 1864 *(Annoli* 26, *I*, 386) e l' altro del 2 luglio 1865 sul ricorso Cojoli. Se un recente giudicato di Francia (Morin *art.* 8080) ha deciso che di una disgrazia avvenuta in una miniera si tenesse responsabile il direttore di quell' opera, ciò è derivato dallo avere stabilito in fatto precisamente questo; che la *couso* dello infortunio fosse stata la negligenza del direttore e *non altro*. Vedasi Sourdat *de lo responsabilité* §. 789.

(2) Tnsohio *verb. homicidium concl.* 144 *et* 145 — Claro *Prax.* §. *homicidium, n.* 3 — Cramer *obs.* 861, *in fin.* — *homicidia ex culpo levissima potius cosualia, quom culposa dicenda sunt* — Barbacovi *de mensura poenarum pag.* 85 — Renazzi *lib.* 1, *cap.* 6, §. 2, 3 — Poggi *lib.* 3, *cap.* 1, §. 6 — Caballo *de homicidio n.* 190 *ad* 194. Io vidi un giudice (ora defunto) che si era formato un criterio suo particolare per giudicare della colpa. Quando l' accusato deduceva di non avere pensato a quella tal cosa, o di non avere preveduto quella tal altra, per cui ne era avvenuta la consegnenza imputatagli a delitto, egli bonariamente lo interrogava, se venendo a rifare codesta operazione prevederebbe oggi codesta cosa, o vi porrebbe mente. Com' è naturale il povero accusato rispondeva, adesso che ho saputo e veduto codesto effetto vi porrei mente. Dunque, rispondeva il Giudice, vi potevate por mente anche innanzi. E su codesto argomento io lo vidi procedere a parecchie e parecchie condanne per omicidii, e ferimenti colposi. Parve a taluno che quel giudice fosse illogico, e scambiasse la prevedibilità posteriore al fatto, con la prevedibilità anteriore che doveva essere la base giu-

ridica della colpa. Ma piuttosto che illogico il giudice, io teneva ingiusta la legge; la quale non distingue tra possibilità maggiore, o minore di prevedere. Colui che salito sopra un cavallo scorretto ed infrenabile ha subìto a proprio danno ed altrui le conseguenze della natura viziosa dell'animale, ove s'interroghi se una seconda volta egli si arrisicasse a montarlo risponderebbe che no; o che almeno si provvederebbe di un' armatura più forte e coattiva. Ma dunque sarà colpa criminalmente perseguitabile lo affidarsi ad un cavallo della docilità del quale non si abbia sicura esperienza? Tutto è prevedibile dall' uomo eccessivamente cauto e meticoloso: ma se nella vita umana dovesse procedersi con codesto grado di cautela non si farebbe mai niente.

§. 1096.

La distinzione fra colpa *lata*, *leve*, e *levissima* era universalmente ricevuta nella scuola, e nella pratica; ed era comune lo insegnamento che la colpa levissima non potesse criminalmente persegnitarsi. Carmignani sull' autorità del Nani *(ad Math. lib.* 45, *tit.* 18, *cap.* 4, *not.* 4) insegnò al §. 199 delle sue istituzioni che neppure la colpa *leve* dovesse criminalmente perseguitarsi. Ma in ordine alla colpa *levissima* la dottrina della sua scriminazione potea dirsi prevalente (Ursaya *inst. crim. lib.* 1, *tit.* 2, *n.* 20) sia che venisse insegnata con la triplice formula suddetta; sia che venisse dettata con la distinzione tra imprudenza *inescusabile*, e imprudenza *scusabile;* o con la formula che la *colpa* deve essere *ordinata al caso*, col che s' intendeva indicare la *facilità* della previsione: Gratiano *discept.* 677, *n.* 2 — Caroccio

de locatione pars 4, *de casib. quaest.* 11, *n.* 2 — Felici *de societ. cap.* 23, *n.* 18 — Ombrosi *tom.* 12, *decis.* 9, *n.* 4. Anche il Puccioni *(commento all' art.* 35) ripete codesta regola con la formula della prevedibilità *verosimile;* lo che è ben diverso dalla prevedibilità *possibile.*

Una moderna scuola germanica respinse codesta distinzione, asserendola nelle materie civili una vana superfetazione della pratica, ignota affatto al puro giure romano (1); nel quale se trovasi frequente la distinzione fra colpa *lata* e *leve*, non si ha traccia della colpa *levissima.* Or si crede da molti che questa dottrina debba portare alla parificazione della colpa minima con la grave anche nel rapporto della penalità.

A tale opinione che niente persuade l'animo mio, rispondo:

1.° che il giure romano non è sempre sicura guida nelle materie penali.

2.° che i romani ebbero idee varianti anche sul significato della parola *caso.* Ne sia testimonio la *leg.* 11 §. 2. *ff. de poenis* — ivi — *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu . . .* Casu *vero, cum in venando telum in feram missum hominem interficit.*

3.° che nelle materie penali anche i romani ebbero la nozione della colpa *levissima*, e in lettera ne designarono la ipotesi alla *leg.* 44, *ff. ad leg. Aquil.*

4.° che questa dottrina dei romanisti, per cui si vorrebbe proscrivere la nozione della colpa levissima, e che ha condotto la pratica contemporanea toscana ad equipararla alla leve (con una interpetrazione rigida dell' art. 315, e 337 del codice del 1853) non è crea-

zione moderna. Essa risale a Donello. E poscia Isaia Puffendorf fino dal 1741 nel suo trattato *de culpa* la esornò latamente. Ma se Puffendorf mostrò non essere di puro giure romano la formula *colpa levissima*, non immaginò peraltro d' insegnare che la medesima portasse ai fini penali la equiparazione giuridica con la *colpa leve*. Anzi egli si configurò nella medesima un quid intermedio fra la colpa ed il caso, e lo chiamò *culpa accidentalis*. E poi propugnò la sottile, ma esattissima distinzione (*pars secunda, cap.* 6) fra *negligenza*, e difetto di *diligenza;* osservando che la prima esprimeva un *vizio*, mentre la seconda esprimeva la mancanza di una *virtù*. Laonde noi insistendo su codesta dottrina, e su codesta distinzione, ne prendiamo argomento per confermare la nostra opinione, ed una ragione politica perentoria per dimostrare la non imputabilità di questo infimo grado di colpa. Imperocchè se la società può punire un vizio, non può punire la mancanza di una virtù. È uno dei difetti del presente secolo, che quanto più si diviene tolleranti verso la malvagità, tanto più si ostenti di esigere eroismo nei cittadini. Anche il Webrne nel suo trattato *de culpa (cap.* 4, §. 16, *et* 17) respinse la nozione della colpa *levissima;* ma non già per insegnare che la colpa levissima si adeguasse alla *leve;* bensì per il fine tutto opposto che la colpa *levissima* non pertenesse alla colpa, e perciò non potesse farsene un *grado* della medesima: onde concluse con la regola — *istius modi ratio non cadit in legem poenalem.*

(1) Vedasi in proposito Lebrun *Essai sur la prestation des fautes* §. 2 — Molitor *des obligations en droit romain chap.* 16.

§. 1097.

Giuliani *(vol.* 1, *pag.* 84; *e vol.* 2, *pag.* 305: *ediz. del* 1856) e Puccioni *(Saggio pag.* 43 *e* 467; *e Codice penale illustrato vol.* 4, *pag.* 437) aderirono alla regola generale della non imputabilità della colpa *levissima;* ma parve loro doversi fare a cotesta regola una eccezione speciale nel caso di *omicidio* (1). La gravità della forza fisica in questo titolo ha fatto loro dimenticare la considerazione della deficienza, o per lo meno insignificanza della forza morale così soggettiva come oggettiva; che è la ragione per cui (indipendentemente dal riguardo alla forza fisica) noi crediamo che manchi ogni elemento politico per ispingere oltre la sola responsabilità civile il debito di chi nocque per colpa levissima. Salva dunque la reverenza che portiamo a tanti nomi, e fermi sempre nella convinzione che un problema di odierno giure penale non possa risolversi col criterio di un frammento del giure romano, noi rigettiamo ogni distinzione desunta dal materiale resultato. La questione non è del danno maggiore o minore derivato dal fatto. Ciò influirà sulla *quantità naturale* del delitto, qualora esista. Ciò influirà sulla quantità della pena, se giustizia vorrà che si infligga. Ma prima di scendere a cotesti criterii misuratori, bisogna stabilire se vi siano i criterii essenziali di un delitto sotto il rapporto della sua forza morale. Condotta la questione su questo che ci sembra il

suo vero terreno, noi persistiamo a pensare che non si abbiano nei termini proposti gli elementi di politica imputabilità — 1.º perchè lo aver fatto o il non aver fatto ciò che la massima parte dei cittadini farebbe o non farebbe in pari caso, non presenta elementi bastevoli di forza morale soggettiva per essere ascritto a reato — 2.º sicuramente poi non presenta forza morale oggettiva veruna, non essendo in cotesti casi richiesta la pena nè per acquietare lo allarme dei buoni, che hanno pianto ma non temuto; nè per frenare la scioperataggine degl' imprudenti, perchè scioperataggine non vi fu.

(1) Questa eccezione trovasi già notata come invalsa nella pratica toscana dal Poggi *instit. crim. lib.* 1, *cap.* 1, *n.* 26; e se ne hanno moltiplici casi nel Cerretelli *Repertorio verb. colpa, e omicidio colposo.* Ma la Corte Suprema di Cassazione nel decreto citato sopra nella nota 1 a §. 1095, qualifica cotesta pratica come *esorbitante e contraria alle leggi.* Il Wissinger nella sua dissertazione *de differentiis inter delicta dolosa et culposa (Bruxelles* 1824, *pag.* 140) dimostra che in diritto romano la colpa *levissima* nell' *omicidio* non era punita. Anche il Leyser il quale sappiamo esser tutt' altro che mite, e che consigliava il taglio della mano dell' omicida per colpa *lata*, insegnò (*spec.* 602, *medit.* 1 *et* 2) che l' omicidio per colpa *minima* dovesse andare esente da pena. L' art. 146 della Carolina aveva letteralmente previsto nella punizione della colpa i due gradi della *lascivia* e della *imprudenza.*

§. 1098.

Molta difficoltà pratica in questa controversia deriva dal diverso modo con cui si formula il concetto della

colpa, e del *caso*. Se la nozione del caso si limita nei termini dell' assoluta *imprevedibilità* ed *imprevenibilità*, la regola della imputabilità penale di *qualunque benchè minima* colpa (così dettata dal Puttmann *inst.* §. 110) conduce ad esorbitanti rigori; perchè non vi è disgrazia che non possa includersi sotto la nozione della *colpa*, quando la medesima si costruisca sopra il criterio puramente negativo, cioè sulla esclusione di ogni possibilità di prevedere o di prevenire lo evento. Questa spina fu sentita dai dottori, che cercarono apporvi riparo con la celebre distinzione fra colpa *astratta* e colpa *concreta*. Anche tale distinzione non è priva di un fondamento di morale giustizia, perchè conduce a questo che non debba ascriversi a delitto ad un uomo la imbecillità od ignoranza, che è consequenziale alle sue condizioni e non rimproverevole a lui. Seguendo cotesta linea, la possibilità di prevedere dovrebbe cercarsi nello individuo, e non nella specie umana in generale. E ciò, se bene si osserva, demolirebbe affatto nelle materie penali la comune nozione della colpa. Per simile via sarebbe in pratica pericoloso e troppo elastico lo ammettere come regola nelle materie criminali che la responsabilità o non responsabilità dovesse in ogni caso particolare definirsi con un criterio tutto relativo allo individuo giudicabile. Se ciò può ammettersi senza pericolo nella valutazione del timore nella legittima difesa, non mi pare lo si possa ugualmente nella materia della colpa. Per evitare dunque li assurdi ai quali conduce la rigida nozione del *caso*, o bisogna escludere la infima colpa dalla nozione della *colpa*, seguendo le rettificazioni moder-

ne; o bisogna, seguendo la classazione antica, ammettere indistintamente la regola che la colpa *levissima* non è politicamente imputabile. Tale è la mia opinione: alla quale se alcuno non si vorrà sottoscrivere, non potrà esservi per altro nessuno che non trovi nel suo cuore un sentimento di riprovazione verso il precetto draconiano della adequazione nella pena. I codici moderni che hanno abbandonato la formula *colpa*, renduta così perplessa (1) dalla dottrina, e vi hanno sostituito la parola *imprudenza*, hanno a parer mio reciso al piede questa controversia; perchè hanno assiso la imputabilità sopra un dato *positivo e reale*, qual è la imprudenza. In faccia a tale forma di dettato il giudice resta libero nella sua coscienza; perchè potrà dichiarare che non concorre imprudenza anche in quei casi, in cui una straordinaria solerzia, od una esperienza speciale avrebbero potuto prevedere o prevenire lo evento (2).

(1) Saviamente osserva Ferrao *(direito penal portuguez vol. 7, pag.* 126) la grande fluttuanza che si incontra nei codici contemporanei intorno alla definizione della colpa punibile; fluttuanza che è figlia delle difficoltà connaturali allo argomento. La società (egli dice) lotta fra la necessità di prevenire il male materiale che soffre, ed i principii di giustizia che le vietano di punire colui che non ebbe la minima intenzione di disobbedire alle sue leggi. Se accoglie la impunità lascia senza rimedio il male sociale, se colpisce l'agente castiga il cittadino che è moralmente un innocente. Questo conflitto però se è palpabile quando vuolsi spingere la repressione fino a punire la colpa levissima, non è del tutto esatto quando la repressione si limita alla colpa lata, rispetto alla quale essendo incon-

trastabile una responsabilità morale, non bene si adatta il predicato di innocenza.

(2) Fra i codici moderni che hanno seguito questo più sicuro metodo di esprimere la nozione dei fatti imprudenti con un criterio *positivo*, trovo sovra tutti lodevole il codice Austriaco. Questo al §. 335 non lancia già la carcere o lo esilio, come altri codici, sulla idea elastica di colpa, ma definisce le *condizioni* che sono indispensabili per incorrere la pena, e le enumera. E quanto alla generica mancanza di previdenza, che non cade in delitto per ragione di un dovere speciale derivante o dalla persona o dalla natura in sè pericolosa del fatto, espressamente richiede che l' *azione o la omissione* possa essere riconoscinta dannosa *per le sue conseguenze naturali facilmente discernibili da ognuno*. Ora io domando se la formula *facilmente discernibile* non sia direttamente esclusiva della colpa *levissima*, la quale appunto si configura nella ipotesi che il risultato sia *difficilmente discernibile*. Dimando inoltre se quella parola *ognuno*, sia o no lo equivalente dell' *omnes* dei latini: e se per conseguenza, ricordando il precetto di Paolo — *lata culpa est non intelligere quod omnes intelligunt* — non si scorga evidente, che il codice Austriaco (tranne sempre i casi eccezionali in ragione della persona o dell' indole della operazione assunta dal giudicabile) non tenga per regola dei casi ordinarii la sola imputabilità della colpa *lata*.

§. 1099.

Non esitano a punire la colpa minima coloro che non dando alla imputabilità della colpa il fondamento della responsabilità morale, insegnano che la punizione della imprudenza è una ingiustizia sociale, e che l' imprudente colpito dalla repressione è un olocausto innocente immolato sull' altare della politica necessità. Una

punizione cui si dà per base la ingiustizia, non può più moderarsi sul criterio della giustizia. Ma chi trova della punizione della colpa il fondamento legittimo nella morale responsabilità (§. 125 e segg.) se vuol essere logico deve ravvisare nella imbecillità umana dei limiti a cotesta responsabilità. Si può accettare come esatta la osservazione acutissima dello Schaffrath (*doli descriptio* 1837, §. 16) che della colpa non possa conoscersi altro che *dopo il fatto*, mentre il dolo si può conoscere anche avanti il fatto; e codesta formula porge ulteriore esplicazione alla impossibilità del tentativo nella colpa. Ma ciò non equivale alla negazione della *esistenza* della colpa anche anteriormente al fatto; *esistenza* che si configura in un atto imprudente, fornito per le sue condizioni ontologiche della potenza di ledere il diritto. Alla imputazione della colpa non basterà l' atto imprudente, vi vorrà la condizione del fatto dannoso realmente verificatosi. Ma la base della imputazione sarà l' atto imprudente; il fatto dannoso non sarà che la sua misura. Laonde o l' atto imprudente esiste, e dev' essere imputabile così se cagionò omicidio, come se cagionò ferimento, con misura proporzionale. O l'atto imprudente non esiste, perchè il non prevedere ciò che solo pochissimi avrebbero preveduto non ha i caratteri d' imprudenza; ed allora la gravità qualunque del resultato non può supplire la deficienza di ciò che è necessaria base della imputabilità.

§. 1100.

In proposito della colpa si eleva la questione se agli effetti *penali* si debba ammettere la teoria della

compensazione delle colpe. Se cioè colui che per imprudenza uccise o ferì possa meritare scusa, perchè la vittima fosse stata con la propria imprudenza la prima causa rimproverevole del luttuoso avvenimento. La teoria della compensazione delle colpe si asside sui testi alla *leg.* 10 *ff. de compensationibus;* alla *leg.* 39 *ff. soluto matrimonio;* alla *leg.* 36 *ff. de dolo malo;* alla *leg.* 154 §. 1, *ff. de regulis juris;* ed è universalmente accettata (1) dai giuristi ed anche dai tribunali agli effetti *civili.* Per ciò che concerne gli effetti *penali* la ragione di dubitare potrebbe sorgere da questo che la pena irrogandosi nello interesse di tutti i consociati, i demeriti dell'offeso, la sua imprudenza, ed anche il suo dolo, non siano motivo sufficiente per defraudare i cittadini della repressione alla quale hanno interesse e diritto. Ecco a parer mio il vero nucleo del disputabile. Ma all'obietto si risponde che la ragione scriminatrice non sta nei demeriti dell'offeso; ma nella cessazione della ragione politica di punire, per la cessazione del danno mediato. Quando l'offeso con la propria imperdonabile negligenza fu la prima causa del proprio danno, non può dirsi che la punizione dell'offensore reprima il malo esempio dato agli scioperati; anzi codesto mal esempio se ne incoraggisce per la pena e per le indennità, non essendo strano che nei calcoli delle umane speculazioni possa entrare anche quello di farsi storpiare da un ricco signore. Quanto poi allo allarme dei buoni, esso è nullo in codesta ipotesi poichè la sentenza del poeta, *chi è causa del suo mal pianga sè stesso,* non è che la espressione di un sentimento universale della pubblica

coscienza. Del resto la estensione della compensazione della colpa agli effetti *penali*, sembra avere un fondamento anche nella *leg.* 9 §. 4 *ff. ad leg. Aquil.* — ivi — *Sed si quum alii in campo jacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere.* Io penso pertanto che per massima debba accettarsi anche in penale la regola della compensazione della colpa, ed estenderla eziandio alla ipotesi dell' omicidio; salvo però lo usarne con debita prudenza nella sua applicazione. Se bene si avverte ai termini di questa disputa, scorgesi che la colpa della *causa mediata* si porta ad escludere la imputabilità della *causa immediata.*

(1) Guttierrez *de compensationibus lib.* 3, *quaest.* 12 *per tot* — Bersano *de compensat. cap.* 2, *quaest.* 25; *ibique alleg.*

§. 1101.

Fin qui non si ha che uno svolgimento delle prenozioni semplici già date sul dolo e sulla colpa. Ma dalla forma del dolo indeterminato si stacca una terza figura di omicidio, che è tutta creazione della equità pratica; cioè l' omicidio preterintenzionale. Questo appartiene alla famiglia degli omicidii dolosi, ma nel rapporto della sua gravità occupa uno stato di mezzo fra i dolosi e i colposi.

L' omicidio preterintenzionale presuppone per necessità assoluta l' animo di nuocere alla persona di colui che si è ucciso; e questo è ciò che lo stacca dalla fa-

miglia degli omicidii meramente colposi, e lo mantiene nella famiglia degli omicidii dolosi. Ma presuppone che la morte oltre a non essersi *voluta*, non fosse neppure *preveduta*, benchè potesse prevedersi. E questo è ciò che lo distingue dall' omicidio per dolo indeterminato, e ne forma una specialità intermedia tra i completamente dolosi e i semplicemente colposi omicidii. Esso rappresenta il grado massimo della *colpa informata da dolo*, ed un grado inferiore al dolo indeterminato. Ciò che lo sconfina dall' omicidio puramente colposo è che il percussore ebbe *volontà di offendere*. Ciò che lo sconfina dall' omicidio volontario è che l' agente deve ritenersi *non aver previsto* di potere uccidere.

Non è omicidio con dolo indeterminato per la mancanza di previsione in quanto al di più, cioè alla morte. Non è pura colpa, perchè vi fu l' animo malvagio diretto all' altrui nocumento. Non è vero dolo in quanto alla uccisione, perchè mancò non solo la volontà di dar morte ma anche la previsione attuale di poterla recare.

Sicchè ricondotta la nozione dell' omicidio preterintenzionale sotto la formula della intenzione, non può con esattezza affermarsi genericamente che siavi intenzione *diretta*, o *indiretta*. Vi è la intenzione *diretta* quanto all' offesa. Vi è la intenzione *indiretta* negativa quanto alla strage. Non vi è mai la intenzione indiretta positiva nè quanto all' offesa perchè è diretta, nè quanto alla strage perchè è negativa (1).

Quello che la pratica nostra chiamò *omicidio preterintenzionale* fu benissimo caratterizzato dal codice

Austriaco al §. 140, e gli diede il nome di *uccisione* (2). Il §. 140 distingue la *uccisione* dall' *omicidio*, come due titoli differenti: e trova il primo titolo in un' azione che toglie ad altri la vita, commessa — ivi — *non già con la intenzione di darle morte, ma con altra nemica intenzione*. Al qual paragrafo nota il Frühwald come sia affatto improponibile la questione del *tentativo* nella *uccisione*.

(1) Harpprecht *Decisiones criminales decis.* 87, *n.* 75, *et seqq. pag.* 758 — Leyser *specimen* 603, *medit.* 1 *et* 3 — Muller *promptuarium verbo homicidium*, *n.* 8 — Nettelbladt *de homicidio ex intentione indirecta commisso; in ejus Exercitat academ. Exerc.* 19. Acremente disputarono i giureconsulti alemanni nel secolo passato sullo ammettere o no questa distinzione della intenzione indiretta nell' omicidio; alcuni laudandola come giusta, altri riprovandola come futile, e da esularsi dalla scienza e dal fôro. Ma secondo il mio debole avviso non sempre bene s' intesero sui termini della questione; confondendo spesso il *praevidere* DEBUIT, che è il tipo della intenzione *indiretta positiva* (nulla influente sul caso semplice dell' omicidio; ma influente per certo sul caso eccezionale o dell' omicidio premeditato o dell' omicidio tentato) col *praevidere* POTUIT, che è il tipo della intenzione indiretta negativa. Nettissimamente formulò la triplice distinzione il Puttmann al §. 36 delle sue istituzioni criminali nella *nota*, che mi piace riferire per mostrare come esattamente coincida col concetto assunto dalle osservanze giudiciali toscane, sventuratamente a questo luogo dimenticate dal Carmignani: così il Puttmann — *Triplicem intentionem in eo qui malum facinus sibi proposuit, distingui debere puto. Una in eo consistit; ut* VOLUERIT TOTUM *quo facinus perpetratum fuit, effectum* (ecco la intenzione diretta, o il dolo determinato).

Altera, ut facinus intra certos sibi proposuerit fines, PRAEVIDERITQUE, *majorem inde quam sibi proposuit effectum, facile sequi posse; neque tamen non etiam in hunc consenserit* (ecco il dolo indeterminato, la intenzione indiretta positiva). *Tertia ut voluerit quidem malum facinus, sed non* PRAEVIDERIT, *majorem inde quam voluit effectum oriri posse, qui tamen praeter opinionem inde oritur.* Ecco la intenzione diretta a nuocere, congiunta alla intenzione indiretta negativa quanto alla uccisione; ecco la nostra preterintenzionalità. Vedasi lo stesso Puttmann *Adversariorum vol. 2, cap. 33, pag.* 214; e Wan Hasselt *dissertatio ad art.* 295, *pag.* 32. La figura della preterintenzionalità erasi descritta nitidamente nel codice Portoghese del 1852 art. 361 §. 2: nè parmi che in questa parte recasse miglioramento il nuovo progetto con l' art. 185. Mi si perdoni se insisto forse oltre il bisogno nello intento di chiarire questa distinzione. Mi trovo a ciò costretto perchè nella tecnologia che io adotto, mi veggo in discordia da un lato col Carmignani, e dall' altro lato con molti giuristi rispettabili della scuola germanica antica e moderna: onde piacemi mostrare che alla dottrina delle osservanze giudiciali toscane, trasfusa poscia nel nuovo codice Toscano del 1853, non mancò l' adesione anche di giureconsulti oltramontani.

(2) La distinzione fra *omicidio* e *uccisione* esisteva già sanzionata dalla costituzione Carolina all' art. 137, ma in un senso tutto diverso; poichè là si specializzava col nome di *uccisione* l' omicidio commesso per dolo d' *impeto*. In cotesto senso ripeterono siffatta distinzione li scrittori alemanni; e in cotesto senso l' adottò il codice Bavaro del 1813 art. 146 e 151; il codice di Wurtemberg art. 237 e 243; il codice di Annover art. 225 e 230; quello di Baden §§. 205 e 209; ed altri. Il concetto attribuito a codesta distinzione dal codice Austriaco è tutto speciale dell' antica legislazione austriaca, dalla quale prima lo attinse il codice del 1803 ai §§. 117 e 123, e poscia quello del 1852 §§. 134 e 140.

§. 1102.

È chiaro dal sin qui detto che per discernere se in un caso vi sia omicidio preterintenzionale, oppure omicidio con *dolo indeterminato*, o piuttosto *omicidio colposo*, è necessario (dopo stabilita la premessa comune che non concorresse la intenzione diretta (1) *ad necem)* costruirne la nozione sulle due distinte condizioni: 1.° che l' agente avesse *animo di nuocere* alla persona dell' ucciso — 2.° che *non prevedesse attualmente* la conseguenza letale, sebbene prevedere la potesse.

(1) Una questione pratica di grave importanza si eleva in questo argomento sotto il sistema della giurìa. Cercasi se per avere assodato il titolo di omicidio volontario debbasi sempre proporre la questione affermativa sul concorso dello animo di uccidere, cosicchè mancando questa si abbia difetto nella costatazione degli elementi di fatto occorrenti ad applicare la pena ordinaria dell' omicidio volontario: oppure se spetti al giudicabile o suo difensore dedurre come scusa la mancanza dell' animo diretto ad uccidere, e della previsionè della morte: in difetto della quale questione il caso rimanga nelle condizioni ordinarie. Certamente quando tale questione venga elevata dalla difesa non può il Presidente ricusarsi a porla, e su ciò non può nascere questione: ma quando non n' è stata fatta deduzione speciale la prima opinione può essere disputabile. Peraltro essa sembra essersi accolta ai termini dell' art. 569 del codice Sardo da un giudicato della Corte di Cassazione di Palermo del 22 febbrajo 1866 inserito nel Giornale *la Legge n.* 58. Dal tenore del medesimo parrebbe essersi stabilito che un verodetto per omicidio sia incompleto quando non contiene

una esplicita affermazione o sulla intenzione di uccidere, o sulla previsione attuale delle conseguenze letali.

§. 1103.

Se il primo criterio venga meno, si rientra nell'omicidio *colposo*. Chi urtando per mera imprudenza un altro, ne cagioni la morte, non potrà mai tenersi responsabile di omicidio preterintenzionale; perchè manca ogni e qualunque *dolo* che informi la sua colpa. Ma neppure colui che venga per imprudenza a cagionare l'altrui morte nella occasione di commettere atto criminoso, può tenersi per omicida preterintenzionale, se la criminosità di quell'atto non si configurerà precisamente nella intenzione di offendere la persona dell'ucciso.

L'*animo di offendere* dovrà essere dunque prestabilito ogni volta che intenda obiettarsi non la mera *colpa*, ma la *preterintenzionalità*. E cotesto *animo*, o potrà scaturire spontaneo dalla natura stessa dell'atto, se porterà per sua condizione ordinaria la intenzione di nuocere (come per esempio un colpo di bastone): o si dovrà costituire al mezzo di congetture, qualora l'atto possa in sè stesso apparire equivoco (come a modo di esempio) un urto, il quale può recarsi anche per rozza celia, od anche inavvertitamente.

§. 1104.

A completare la dimostrazione della preterintenzionalità oltre codesto primo criterio (tutto *positivo*) del-

l' animo di offendere, è necessità stabilire in fatto il secondo criterio (tutto *negativo)* dell' assenza non solo della intenzione diretta ad uccidere (1), ma anche della *previsione* dello effetto letale. Bisogna stabilire se colui che si presuppone non aver voluto recisamente uccidere, *previde o non previde* di potere con quel suo fatto (dolosamente nocivo) cagionare la morte che infatti recò. Ma poichè qualunque stato dell' animo umano, e molto più lo stato di previsione o non previsione di un evento, non può per via diretta e positiva giustificarsi, ma è giuoco forza argomentarlo da congetture esteriori, così per determinare a morte accaduta la preterintenzionalità dovrà ricorrersi a certi criterii di presunzione. Per dire preterintenzionale un omicidio bisogna potere affermare che non si previde la morte. Per dirlo doloso di dolo *indeterminato* bisogna dire che fu prevista. Per dirlo doloso di *dolo determinato* bisogna potere affermare che fu prevista e voluta. Ora è indubitato che queste tre affermazioni non possono farsi dal giudice nei respettivi casi, mostrando a dito nella mente dell' accusato le respettive contingenze. La pratica pertanto sul principio logico che debba presumersi l' arcano stato dell' animo dai due elementi degli antecedenti e dei concomitanti, ha stabilito come utili in questa difficile ricerca i seguenti criterii:

1.° La indole dell' accusato — 2.° le precedenti manifestazioni dell' animo — 3.° la causa a delinquere — 4.° la natura delle armi adoperate — 5.° il numero e la direzione dei colpi quando la direzione fu dipendente dalla volontà.

(1) Fra le congetture induttive dell' *animus necandi* si nota quella desunta nei fatti commessi con arma da fuoco, dalla *qualità dei proiettili:* Raynaldo la pone come *positiva* e come *costante: observat. cap.* 7 §. 12, *n.* 10, *pag.* 468 — Harpprecht *decis. crim. dec.* 93, *n.* 31. *pag.* 824. Che tale argomento sia *positivo* non lo impugno: impugno però che sia *costante;* poichè quando non trattisi di fatto premeditato, o vi siano ragioni di escludere nello esploditore la cognizione della carica, può anche codesto argomento fallire così in un senso come nell' altro. Si tiene pure comunemente quale influentissimo lo indizio della *direzione del colpo* anche quando trattasi di arme a fuoco. E certamente repugnerà alla coscienza di qualunque giudice ritenere l' animo di uccidere in colui che veggasi aver ferito il nemico in una gamba; malgrado la peregrina obiezione che recentemente lessi in un decreto, ove si avvertiva esistere anche nelle gambe dei grossi tronchi arteriosi, e potere benissimo per conseguenza aver volontà di uccidere anche chi tira alle gambe. Ma ciò che può rendere incerto anche codesto criterio (specialmente quando si adoperi in senso odioso) è la facilità grandissima di non colpire dove si voleva colpire; specialmente quando trattisi di un accusato non esperto nel tiro. Fu per codesta considerazione che il Bertazzolo (*consult. decis. lib.* 1, *cons.* 208, *n.* 6) riprovò codesto argomento adducendo anche l' autorità di giudicati che lo avevano reietto come insignificante.

In una parola tutti codesti non sono che indizii spesse volte pericolosi. Il criterio più saldo per ammettere od escludere l' *animus occidendi* è quello della *causa a delinquere.* Ed è saldo perchè non si fonda sulle leggi fisiche che possono essere o fallaci, o non calcolate dallo agente, ma sulla legge logica che è impreteribile: Conciolo *allegatio* 85 — Carpzovio *pract. quaest.* 122, *n.* 16 — Boehmero *decis. vol.* 2, *pars* 2, *resp.* 1172, *n.* 6.

§. 1105.

La deduzione di non avère nè voluto nè previsto la conseguenza della morte, tanto può farla colui che adoperò contro il nemico lo stile, quanto colui che ammenò un pugno, o scagliò un piccolo sasso o bastone; tanto colui che diresse il colpo verso il capo od il petto, quanto colui che lo diresse verso le gambe. E in faccia all' arcana verità può essere genuina in entrambo i casi codesta deduzione. Ma la previsione della morte (nella quale sta il criterio differenziale tra il *dolo indeterminato*, e la *preterintenzionalità*) nel primo caso è certa, o almeno (tranne circostanze eccezionali che deludano l' umano calcolo) bisogna ritenerla tale se non vuol supporsi la fatuità dell' agente; nel secondo è soltanto possibile. Difficilmente può ammettersi che chi ammena un colpo di coltello al nemico in una parte nobile del suo corpo *non abbia preveduto* la morte che ha cagionato; troppo è stretto il nesso nell' ordine naturale delle cose tra quel colpo di coltello e la morte: troppo sono frequenti gli esempi di una trista realtà che corrisponde a codesto nesso. E perciò il giudice può dire con tranquilla coscienza, io ti voglio concedere che tu non abbia voluto dar morte; ma son certo però che tu hai *preveduto* di poterla recare; e poichè, malgrado tale tua previsione attuale, hai voluto agire in quel modo, io ti tengo responsabile dello effetto prodotto dalla tua mano, come da te voluto. Ma quando uguale dednzione si fa dall' uomo che uccise col pngno, o col bastone,

o col piccolo sasso, il giudice non è ugualmente certo del concorso attuale di quella previsione. Troppo è frequente che con tali mezzi rechisi lievissimo danno: troppo è facile che realmente chi usa codesti mezzi niente preveda la possibilità di uccidere; perchè debba rigidamente impugnarsi o non valutarsi siffatta deduzione in circostanze consimili.

§. 1106.

Ecco ciò che rende anomala questa figura: è la presunzione di mancata previsione, congiunta alla intenzione diretta a recare nocumento. Questa combinazione autorizzò la pratica a creare il titolo di omicidio *preterintenzionale*, argomentandolo dalle *leg.* 1, 5, 7, *ff. ad legem Cornel. de sicariis.* Veramente queste leggi dicevano doversi l' uccisore in tal caso tenere soltanto *de vulnerato*, e lo adegnarono all' omicida colposo. Ma Carpzovio (1) cui parve questa una soverchia benignità, insegnò doversi ravvisare in tale omicidio una specie anomala, e colpirlo di una pena media tra quella del ferimento grave, e quella dell' omicidio doloso semplice. Il codice Toscano (articolo 311, e 312) conservò questa nozione razionalissima, fissando appunto i caratteri dell' omicidio preterintenzionale nei tre concorrenti di aver voluto nuocere, non aver previsto la morte, averla potuta prevedere.

(1) Carpzovio *quaest.* 128 *: practica pars* 1, *quaest.* 5, *n.* 30 *et* 40 — Boehmero *ad Nemesim Carolinam*

art. 157 — Bergero *electa juris crim. pag.* 91, *vol.* 1 — Leyser *meditationes ad pandectas spec.* 503, *med.* 4 — Boehmero *consult. tom.* 2, *resp.* 1060 — Hommel *rapsodiae obser.* 460 — Ciazzi *dissert.* 26, *n.* 59, *et* 197.

§. 1107.

Ma il codice Toscano superfetò cotesta nozione con la distinzione fra poter prevedere come *probabile*, e poter prevedere come *possibile*. Nell' uno e nell' altro caso mantenne il concetto della preterintenzionalità. Ma diversificò tra caso e caso nella quantità della pena. Tale distinzione peraltro è cotanto astrusa, che se può riuscire ad una mente assuefatta alle astrazioni filosofiche formarne a tavolino un esatto concetto, è impossibile che la si conduca in pratica ad un criterio costante e razionale. Si presuppone in ambo i casi che l' agente *non abbia preveduto* la morte: si presuppone che abbia *potuto prevederla;* ma si distingue se la potea prevedere come *possibile*, o come *probabile*. Non è la *possibilità* nè la *probabilità* ontologica quella che assume la legge come norma della misura penale, ma è la *possibilità potuta* prevedere. Se i giudici non debbono giudicare per intuizione e per ispirazione del momento, ma farsi un precetto direttivo dei loro giudizii secondo certi dati di fatto, pare alla mia debole mente che simili precetti siano impossibili a formularsi in faccia a codesta distinzione. Valeva meglio, a parer mio, unificare i due casi in uno solo: e dargli per estremo da un lato il massimo inflitto ad un caso, e per estremo dall' altro lato il minimo in-

flitto all' altro caso; poscia ordinare al giudice di spaziare in questa ampliata latitudine a seconda della maggiore o minore probabilità ontologica. Si dava così al giudizio dei magistrati una guida reale. Altrimenti è tutto divinazione dell' animo. Divinazione quando mi persuado che il reo non volle dar morte: divinazione quando mi persuado che non la previde attualmente: divinazione quando mi persuado che potè prevederla. E ciò basterebbe a faticare l' ingegno, e rendere esitante la coscienza del magistrato; senza spingerlo ancora ad indovinare se l' agente potea prevedere il resultato come possibile, o come probabile (1).

(1) Si vedano le osservazioni del **Puccioni** nel suo *Commento* agli art. 311 e 312 del codice Toscano.

§. 1108.

Del resto non credasi che la natura semplicemente contundente dello strumento adoperato basti sempre a fare ammettere la preterintenzionalità; nè che la natura perforante o tagliente dello strumento feritore basti sempre ad escluderla. Codesto è un criterio dimostrativo che il più delle volte riuscirà esatto nel primo senso, e quasi sempre riuscirà esatto nel secondo senso. Ma assoluto non è nè nell' uno, nè nell' altro. Ho detto di sopra che sono presunzioni, ma non ho detto che siano presunzioni *juris et de jure*, perchè in criminale non credo se ne possa ammettere di tali.

Non sempre l' omicidio commesso con strumento contundente dovrà per questa sola considerazione di-

chiararsi preterintenzionale: potrà stornare codesto concetto la specialità dello strumento (come la grossezza del bastone, o del sasso), la iterazione o la direzione dei colpi, la seria manifestazione dell' animo, la causa a delinquere, la indole dell' accusato, ed altro simile. Ma neppure può dirsi che lo strumento tagliente tolga in modo assoluto al giudice ogni balìa di dichiarare la preterintenzionalità, quando circostanze particolari dimostrino concludentemente che lo agente non previde la morte, e che questa fu il risultamento di straordinarie contingenze difficili a ripetersi nelle identiche condizioni di fatto. La dottrina sta nel concetto; i mezzi materiali non ne sono che una estrinsecazione.

§. 1109.

Il titolo di *omicidio preterintenzionale*, e il titolo di *ferimento susseguito da morte* differiscono in questo: che l' *omicidio preterintenzionale* suppone che il fatto del delinquente sia stato *causa immediata* della morte: il *ferimento susseguito da morte* suppone invece che il fatto del colpevole sia stato della morte *causa occasionale*, o *mediata*. Sicchè sotto il rapporto dello *elemento materiale* il titolo di *omicidio preterintenzionale* presenterebbe un assai più di gravità del *ferimento susseguito da morte*. Ma per compenso si riscontra in quello un meno sotto il rapporto dello *elemento intenzionale*. Perchè nell'*omicidio preterintenzionale* bisogna supporre come positivamente dimostrato che lo agente non *volle* e non *previde la morte*, ma ebbe soltanto *animo di nuocere*. Laddove nel *feri-*

mento susseguito da morte codesta positiva esclusione della volontà e previsione letale non sono necessarii; e ad applicare quel titolo basta che l' accusa non abbia fatto la prova positiva dell' animo di uccidere (1).

(1) Le due teoriche del *ferimento susseguito da morte*, e della *intenzione* più o meno diretta, si combinarono insieme da alcuni pratici in questo senso: che quando constava dell' *animo diretto* ad uccidere dovesse mantenersi il titolo di *omicidio*, ancorchè la morte fosse avvenuta per una accidentalità sopraggiunta alla ferita. Non lo dovesse invece, quando si aveva soltanto nello agente l' *animo di nuocere* senza volontà *diretta* alla morte; vale a dire quando si aveva una intenzione *indiretta* o *positiva*, cioè accompagnata dalla *previsione* della morte (dolo indeterminato), o *negativa*, cioè accompagnata dalla *prevedibilità*, ma non dalla previsione attuale (preterintenzionalità). Così l' Harpprecht *decisiones criminales, decis.* 92, *n.* 40, *pag.* 806: *dec.* 94, *n.* 54, *pag.* 836: *decis.* 105, *n.* 19, *pag.* 910. Codesta dottrina può accettarsi senza esitazione nel secondo senso; perchè quando si suppone l' assenza di una volontà determinata ad uccidere, e si suppone che la morte sia stata conseguenza accidentale del ferimento, il titolo di omicidio evidentemente non si radica nè sulla *intenzione*, nè sul *fatto*. Essa può peraltro sembrare troppo severa nel primo senso, nel quale sebbene il titolo di omicidio si radichi sulla *intenzione*; è però sempre certo che il risultato letale non ha una connessione necessaria col fatto. In quanto a me sono fermo nella opinione che ciò che manca allo elemento *materiale* dell' omicidio non possa supplirsi con lo elemento *intenzionale*, nè viceversa. E coteste distinzioni dell' antica pratica mi sembrano esprimere i primi tentativi con cui lentamente cercavasi di moderare una severità draconiana divenuta pur troppo abituale. Ma i principii ad un tempo umanitarii, e conformi alla giustizia distributiva che

hanno trionfato nella scienza moderna, più non si appagano di codesti primi conati. Le idee fondamentali accettate che siano vogliono essere seguite in tutta la pienezza del loro svolgimento.

§. 1110.

Così il *diverso stato della intenzione* fornisce la divisione del genere degli omicidii in tre specie distinte: *doloso*, *preterintenzionale*, e *colposo*. E dico tre *specie* distinte, piuttostochè tre *gradi* del medesimo reato, perchè differiscono nello elemento essenziale del delitto, cioè nello *stato* della intenzione. La specie particolare dell' omicidio *doloso* si suddivide poi in molteplici figure, le quali assumono per la pratica e nelle scuole diversi nomi, o titoli. E tali varietà derivano ora da considerazioni relative alla differente *quantità* del reato; ora dal *grado* del medesimo. Codeste figure o titoli andiamo a trovarli passando allo esame dei *criterii misuratori* della *quantità* dell' omicidio, e poscia allo esame del *grado* in codesto malefizio.

CAPITOLO III.

Idea generale dei criterii misuratori della quantità *dell'* omicidio doloso.

§. 1111.

In ogni delitto è a considerarsi la sua quantità *naturale* e la sua quantità *politica*, per conoscere se

l' una o l' altra possano essere variabili per guisa che la gravità del relativo titolo ne aumenti o ne diminuisca nella propria importanza.

La quantità *naturale* di un delitto attiene al danno *immediato*, cioè ai resultati più o meno gravi del delitto medesimo, e così alla maggiore o minore forza *fisica oggettiva* del delitto. Di tal guisa, a modo di esempio, il maggiore valore del tolto aumenta il furto nella sua quantità *naturale;* la maggiore durata della malattia aumenta la quantità *naturale* nel delitto di lesione; e simili.

§. 1112.

La quantità *politica* del malefizio, oltre a subire le conseguenze della quantità naturale del medesimo, richiama ancora alla considerazione della sua forza *morale oggettiva;* poichè essa tiene principale connessione col danno *mediato.* Per virtù di questo (§. 206) accade che un malefizio nella sua quantità *naturale* ugualmente, o meno, grave di un altro debba aversi talora come più grave per la concomitanza di certe speciali circostanze; le quali senza niente modificare il danno *immediato*, influiscano peraltro ad aumentare lo effetto morale della delinquenza, modificando per tale effetto il valore politico che si calcola come ordinario nel titolo speciale emergente da quel fatto quando è scompagnato da simili circostanze. In tal guisa per la forza maggiore del malo esempio sui malvagi, o pel maggiore spavento che il fatto in ragione delle concomitanti genera nei buoni cittadini, debbe dirsi accre-

sciuta la quantità *politica* del reato in quella forma speciale; e viceversa per le opposte cause potrà talvoltà anche dirsi diminuita nel caso rovescio; quantunque nell' una e nell' altra ipotesi la quantità *naturale* rimanga sempre la identica.

§. 1113.

Lo studio dei *criterii misuratori* della quantità di ciascun delitto speciale esige che partitamente si discorra in ognuno, e di ciò che ne modifica la quantità *politica*, e di ciò che ne modifica la quantità *naturale*, dove abbia luogo: ed esige pure che partitamente si discorrano e si esaminino ciascuno di tali criterii.

§. 1114.

Se la misura della quantità dei delitti fosse il solo *danno immediato*, nell' omicidio potriano trovarsi dei *gradi* in ragione delle minorate sue forze; ma non potrebbe che raramente trovarvisi diversa *quantità* per la diversa materialità delle sue forme. La vita di ogni uomo rappresenta in faccia alla legge del diritto un valore uguale (1): non può ammettersi distinzione di sesso, di età, di salute, di abilità, di condizione: nè il variare dei modi o delle cagioni potrebbe aumentare o diminuire la quantità del danno materiale. In altri reati può bene essere frequente e ordinaria una variazione di quantità nel delitto anche sotto il rapporto della quantità *naturale;* così nella ingiuria secondo la sua atrocità intrinseca; nello incendio secondo la esten-

sione delle cose abbruciate; nel furto secondo il valore del tolto; e via discorrendo. Ciò non può riscontrarsi, tranne casi eccezionali (dei quali diremo al Cap. VIII) nell' omicidio. Anche la lesione di più diritti non sempre può considerarsi come ragione di aumento di danno *immediato:* poichè spesso trattasi di diritti la lesione dei quali non costituisce di per sè un delitto civile. Laonde val meglio riferire alla considerazione del *danno mediato* le così dette *qualifiche* dell' omicidio; le quali segnano altrettante varianti nella sua *politica* quantità: e così troviamo anche qui un' applicazione palpabile della regola prestabilita (§. 194) che — *a parità di danno immediato la quantità politica dei reati della medesima specie si misura dal danno mediato.*

(1) Fuvvi chi si accinse a sostenere che l' omicidio presentava una quantità minore *eo quod occisus fuerit homo sceleratissimus.* Ma codesti pensieri sono ormai da lunga stagione rejetti dalle scuole e dalla pratica: Carpzovio *pract. pars* 3, *quaest.* 3, *n.* 59: *jurisp. for. par.* 4, *cap.* 11, *def.* 6 — Cramer *observ.* 925. Altro barbaro pensiero fu quello per cui in certi reami si ammise un tempo la libera uccisione del contumace: vedasi Maiorano *opopraxis criminalis pag.* 73, *n.* 65, e gli autori ivi citati, e le singolari distinzioni ivi riferite. È notissima la teorica dei così detti *banditi* che salì un tempo a tanta generalità per la impotenza in cui versavano i governi, di raggiungere i malviventi. Si distingueva fra banditi *capitalmente* (i quali si potevano impunemente uccidere da ognuno) e banditi *non capitali* ai quali era lecito a chicchessia inferire molestia nei beni ed anche nella persona *citra tamen mortem.* Questo costume barbaro governò tutti gli Statuti d' Italia; e per quello di Bologna si mantenne

fino al 1578, epoca in cui venne abolito da Papa Gregorio. Con coteste teorie si convertiva il giure penale peggio che in un diritto di guerra. Più generalmente negli antichi statuti si distingueva nella penalità la uccisione di un nobile, e la uccisione di un plebeo. Distinzioni che oggigiorno, la Dio mercè, più non si tengono neppuro meritevoli di seria confutazione. Nè il principio universale della adeguazione di tutte le personalità, che la civiltà cristiana ha fatto finalmente trionfare, può dirsi che venga limitato quando tuttavia si ammette una diversa quantità nell' omicidio in ragione dell' *ufficio* che l' ucciso cuopriva. In codesti termini non è già che la vita di un uomo valutisi più che non si valuta quella degli altri uomini considerata come vita umana. Entra in calcolo la offesa fatta all' *autorità* nella persona dell' ucciso che la esercitava. Ed il delitto si aumenta perchè muta ordine, passando dai delitti *naturali* nei delitti *sociali*.

§. 1115.

Il danno mediato a parità di danno immediato aumenta nel delitto non solo in ragione della sua *intensità*, la quale mantiene sempre un rapporto con la gravezza del danno immediato, ma si accresce eziandio in ragione della sua *diffondibilità*. E il modo di azione che esercita sugli animi cotesto criterio è intuitivo. Esso dipende (§. 201) o dalla *lesione di più diritti*, o dalla *minorata potenza* della difesa privata.

§. 1116.

Il *dolo* è condizione essenziale di tutti i delitti: ma, prescindendo da ogni sua degradazione, può esso assumere una forma più odiosa, perchè più *pericolosa*,

in ragione della sua *durata;* in ragione cioè dello *intervallo* trascorso fra la determinazione e l' azione. Non è un semplice effato del senso morale quello che rende più odiosi i delitti *premeditati:* non è mero ossequio ad una idea ascetica. È la rivelazione di una *realtà* di maggiore pericolo, cioè di *minore potenza* in noi a difenderci contro il malvagio che agisce con maturo calcolo a nostro danno. Sente ognuno che in faccia al delinquente determinatosi istantaneamente ad uccidere, può la vittima designata trovare difesa bastante nelle proprie sue forze. La storia delle risse mostra non infreqnente il caso che l' aggressore rimanga ucciso. Ma è raro ed eccezionale lo evento di un uomo che abbia deluso i calcoli del suo nemico, qnando premeditatamente ha disposto l' ordine della esecuzione del suo scellerato progetto. Su tali considerazioni e sperienze è ragionato il maggiore spavento che eccita l' omicidio premeditato, e così la maggiore sna quantità politica. Il cittadino (regola generale) ha diritto di esigere maggiore energia di protezione dalla difesa pubblica, quanto più sente la impotenza della difesa privata avverso certe forme di maleficio. Niente entrano qui le antipatie della morale: è tutto calcolo politico. Se il *fine* della pena (§. 615) è quello di ristabilire l' ordine morale turbato dal delitto, che è quanto dire rassicurare i buoni, e rialzare negli animi loro la vacillata opinione della propria sicurezza; a cotesto fine non può servirsi se la quantità politica del reato, e conseguenzialmente la pena, non si elevano in proporzione della maggiore *forza morale oggettiva* del malefizio. Il grado maggiore del dolo nascente dalla

premeditazione eleva la *forza morale soggettiva* del delitto: fin qui peraltro potrebbe non essere questione che di *grado*. Ma poichè si eleva proporzionalmente anche lo effetto politico del reato, la premeditazione in certi speciali misfatti ne varia la *qualità* per guisa, che se ne costituisce una *specie* distinta, appartenente alla stessa famiglia alla quale la costringe la identità del danno immediato. Perciò noi troviamo in alcuni idiomi, come nel francese, nello inglese, e nello alemanno, darsi all' omicidio *premeditato* un nome speciale. Quindi la prima causa di qualifica nell' omicidio in ragione del *dolo*.

§. 1117.

Quando un uomo ha ucciso un individuo verso il quale oltre i rapporti di umanità lo legavano speciali vincoli di *congiunzione di sangue*, ognuno fa cotesto ragionamento: che quel delitto cui non è stato freno bastante il duplice obbligo, il duplice vincolo, più facilmente si rinnoverà dove il doppio vincolo non esiste. Ecco perchè il parricida oltre al maggiore ribrezzo morale, eccita maggiore spavento. Se non siamo sicuri in faccia ai nostri stretti congiunti, come lo saremo in faccia agli estranei che non sono dal doppio ostacolo trattenuti? Come difenderci con le private cautele contro coloro ai quali la dimestichezza di famiglia ci conduce ad aprire il seno fidenti? Prescindendo adunque da ogni pensiero della maggiore bruttura morale, egli è manifesto che anche sotto il rapporto meramente politico, i vincoli di sangue fra l' ucciso e l' ucci-

sore aumentano la quantità *politica* dell' omicidio. Il diritto attaccato rimane lo istesso: onde il reato non muta ordine; resta fra i delitti *naturali:* non muta classe; resta fra i delitti *contro la vita:* ma muta *specie*, e spesso *nome*, e in quella classe ed ordine forma la distinta famiglia dei *parricidii*, e loro analoghi. Quindi il secondo criterio misuratore della quantità politica dell' omicidio desunto dal *vincolo del sangue*.

§. 1118.

Tornasi alle stesse osservazioni se si esaminano i *mezzi* adoperati ad uccidere. Impotenti ad aumentare di un atomo il danno immediato, i *mezzi* adoperati influiscono potentemente sul danno mediato, appunto perchè lo spavento si accresce di tanto, di quanto ognuno sente che avverso certi modi prescelti dall'uccisore la privata difesa è più debole a tutelare il diritto. Ciò è intuitivo nella *insidia*. Quindi la *insidia* in tutte le varie sue forme è un terzo elemento di qualifica nell' omicidio.

§. 1119.

Finalmente la *causa* è pur essa indifferente sotto il rapporto del danno immediato, che è sempre identico, sia che per una sia che per altra cagione veggasi estinta la creatura di Dio. Ma efficacemente la *causa* che spinse ad uccidere influisce sul danno mediato. Avvegnachè bene si comprenda che avverso certe cagioni speciali la maggior parte dei pacifici cit-

tadini non abbiano grande motivo di paventare per loro stessi; mentre in faccia ad altre cagioni di uccidere, come la *brutale libidine di sangue*, e il *fine di lucro*, non siavi cittadino per quanto cauto e prudente che possa stimarsi sicuro di non esser colpito da un pugnale. Quindi la quarta serie di omicidii qualificati in ragione della *causa*.

Eccoci nello svolgimento applicativo di quanto accennammo come regola generale quando cercammo il criterio della quantità politica dei delitti. La verità di quella regola è costante in tutte le specie di reato: a danno immediato uguale, la quantità politica di un reato si accresce, o per la violazione di più diritti, o per la minorata potenza della difesa privata: e ciò perchè si l'una che l'altra di queste cagioni aumentano il danno mediato. Ogni passo che muovesi nella disamina dei delitti in specie, sarà ad un tempo la riprova e l'applicazione della formula del nostro maestro.

§. 1120.

In tal guisa i canoni sui quali la pratica ha stabilito la serie dei così detti omicidii *qualificati*, desumendone le qualifiche, o dal *dolo*, o dalle *relazioni* personali, o dal *modo*, o dalla *causa*, ci servono di guida nella ricerca di quelli che noi chiamiamo *criterii misuratori* della quantità politica dei reati. Ma la nostra formula meglio si adatta ai bisogni nostri. La formula infatti di *qualifica* presuppone in sè che il criterio misuratore debba portar sempre all' *aggravio*. Da ciò ne avvenne quella contradizione che trovasi in

quasi tutti gl' istitutisti, i quali hanno seguito la vecchia formula: contradizione consistente nel trovare enumerati fra gli omicidi qualificati anche certi titoli speciali, che trovano la specialità loro non nella maggiore ma nella minore quantità. La formula nostra è più larga, e ci porge balia di contemplare gli effetti politici che il *dolo*, i *modi*, le *cause*, e le *persone*, esercitano sulla quantità dell' omicidio, sia per aumentarla, sia ancora (in alcuno di tali casi) per diminuirla.

CAPITOLO IV.

Criterio misuratore della quantità politica dell' omicidio, desunto dal dolo.

Titolo Unico

Omicidio premeditato.

§. 1121.

Qui debbo premettere un' avvertenza che colpisce in ogni sua parte il presente lavoro: ed è che in questa esposizione dei delitti in specie, principalmente quanto ai vocaboli ed alle nozioni dei singoli fatti criminosi, io seguito nel linguaggio come nei concetti la scuola toscana e relativa giurisprudenza. La scienza del giure penale non è ancora matura, e nella infinita disparità nella quale trovasi il suo progresso appo le diverse nazioni ed anche nelle diverse provincie di uno istesso popolo, è impossibile che ella si esprima con

una tecnologia cosmopolita. Non può esservi unità di linguaggio, dove non vi è unità dei principii fondamentali. Necessario è pertanto a chiunque tratta le delinquenze speciali di adattarsi ad un tipo assunto in qualche particolare scuola e legislazione. Altrimenti non si avrebbe nell'opera che perplessità e confusione. Ora nello scegliere questo tipo io non poteva naturalmente attenermi che alla scuola toscana: non perchè io osi affermare un giudizio di prevalenza di questa sulle altre; ma perchè a quella io mi sono nodrito, e perchè è mio debito di uniformare lo insegnamento alle condizioni ed all'avvenire della maggior parte dei giovani che da me lo ricevono (1).

(1) Si è testè pubblicata in Firenze coi tipi di Eugenio Cammelli per cura dell'illustre giureconsulto sig. Avv. Baldassarre Paoli, ora Consigliere alla Suprema Corte di Cassazione, e già benemerito per i suoi lavori scientifici, una raccolta delle conclusioni criminali del già Regio Procuratore Francesco Forti, dottissimo giurista, troppo presto rapito alla Magistratura toscana. In questo volume, alle conclusioni riportate sotto i numeri XVI, XVII, XVIII, e nelle dottissime note aggiuntevi dal Paoli, si trovano svolte le teorie che si erano ormai incarnate nella Giurisprudenza toscana in proposito della premeditazione. Questa raccolta (a cui noi faremo spesso richiamo per altre importanti questioni) è un'opera utilissima alla scienza, e di una speciale utilità nei momenti attuali affinchè le provincie tutte d'Italia conoscano sotto il punto di vista pratico la vita reale di quelle teorie, alle quali faceva omaggio il codice Leopoldino; che con sommo acume si propugnarono sulla cattedra dal Poggi, dal Paoletti, e dal Carmignani; e che dal senno della nostra Magistratura si tradussero nelle giu-

diciali osservanze. Conoscerle, studiarle, e comprenderle vorrà dire il più delle volte approvarle.

§. 1122.

Perchè il dolo nell' omicidio assuma quella forma speciale che minorando la potenza della difesa privata ne aumenta il danno mediato e lo qualifica, bisogna che si configuri in un maturo calcolo per cui si renda più sicuro al colpevole lo eludere ogni previdenza della sua vittima (1). Stando in questo il criterio politico di tale qualifica, esattamente la premeditazione fu definita dal Carmignani (coerentemente alle leggi e giurisprudenza toscana) — *occidendi propositum frigido pacatoque animo susceptum, et moram habens* (2).

(1) La vera ragione dello aumento di quantità politica riconosciuta nell' omicidio per causa della premeditazione sta nella maggiore difficoltà che ha la vittima di difendersi avverso un nemico che freddamente calcolò l' aggressione. Questa è la vera ragione politica dell' aggravante. Non già la maggiore pertinacia nel malvagio proposito; poichè questa ragione, assunta e ripetuta da molti, quantunque esprima una verità sotto il punto di vista morale non sarebbe che una idea diafana sotto il punto di vista politico, dove al maggior grado di moralità interna dell' azione non rispondesse un maggior grado di moralità esterna, cioè una quantità maggiore di danno politico.

(2) Paoletti *lib.* 3, *tit.* 9 — Claro *sententiar. lib.* 5, §. *homicidium, num.* 1 — De Angelis *de delictis lib.* 2, *quaest.* 78, *art.* 4 — Carrard *Jurisprudence vol.* 2, *pag.* 12 — *celui qui se commet en suite d' une reflexion ou dessein prémedité quelque temps auparavant.* — Van

Hasselt *(animadversiones ad art.* 295, *pag.* 26) ha riprodotto sull' autorità di Beaumanoir il concetto che secondo le antiche pratiche di Francia delimitava l' *homicide* dal *meurtre.* — Carmignani *elementa* §. 903: — *occidendi propositum, frigido pacatoque animo susceptum, moram habens atque occasionem quaerens, ut crimen veluti exoptatum finem perficiat.* Cotesta nozione può dirsi comunemente accolta dai buoni scrittori e dai savi legislatori; nè vuol essere tenuto conto delle aberrazioni che qua o là s' incontrino in qualche scrittore, o in qualche codice: poichè se si ponesse mente a certe idee eccentriche, niente più vi sarebbe nella scienza di positivo e di certo. A modo di esempio, il codice dei Grigioni ha dato della premeditazione la più infelice nozione che dir si possa: all' art. 19 dice concorrere la premeditazione — ivi — *quando l' autore vi si determinò espressamente e con cognizione della sua reità, come anche per ogni conseguenza delittuosa che,* o *ebbe avvertitamente di mira, oppure la dovea prevedere qual probabile effetto dell' azione od omissione determinata.* Sic! Così la premeditazione si è identificata con la coscienza; e ciò sarebbe poco, si è identificata anche con la mera prevedibilità. Pare impossibile che nel 1850 un popolo libero siasi dato un codice così pieno di solecismi giuridici, quanto lo è questo, che non potrebbe indovinarsi davvero a quali fonti bevesse, poichè vi si trovano tali improprietà di linguaggio che non pertengono a nessuna scuola. Disse Cicerone — *nihil est tam absurdum quod non dicatur ab aliquo philosophorum.* E noi potremmo dire non esservi errore che non abbia avuto sanzione da qualche legislatore. Ragione di più per tenerci stretti ai principii della scuola ontologica, e non cercare nella storia delle leggi passate e presenti niente più che un argomento di studio delle frequenti aberrazioni dell' umano intelletto, onde confermarci nelle nostre credenze. Bene ha richiamato i moderni legislatori ad essere esatti su questo proposito il Decamps *(contre projet de code pénal pag.* 29) — *dans le fait pu-*

rement volontaire, il y a simple intention; dans le fait premedité, il y a dessein, c'est à dire intention avec plan ou réflexion sur les moyens d'exécution.

§. 1123.

La formula — *moram habens* — designa lo *intervallo* di tempo decorso fra la determinazione e l'azione. Ma la *essenza* della premeditazione sta nell' animo freddo e pacato. Se vi fu *intervallo* fra la determinazione e l' azione, ma in cotesto intervallo l' animo dell' agente fu sempre perturbato da veemente passione, senza che v' intercedesse un periodo di calma (risultante dalla tranquilla diversione ad altri atti) si avrà la *deliberazione semplice* ma non la premeditazione (1). Se vi fu la *pacatezza* dell' animo, ma fu brevissimo lo intervallo fra la determinazione e l' azione, avremo l' omicidio *predisposto*, o *preordinato*, o *volontario* (secondo che piaccia chiamarlo) ma non il *premeditato* nè il *deliberato*. Se mancò lo *intervallo* e la *calma* per l' azione di un movimento di *cieco affetto*, si avrà l' omicidio *per moto improvviso*. Se quel cieco affetto fu eccitato da *giusta causa*, si avrà l' omicidio *provocato*, o scusato per *giusto dolore*, o *eccesso di difesa:* delle quali tre ultime configurazioni dovremo tener parola alla materia del *grado*.

Questa gradazione *moralmente* guardata, è così razionale, che la sente l' animo prima che le parole la esprimano. Guardata *giuridicamente*, non può ricusarsene la influenza, finchè si rispetta il principio che la forza morale soggettiva del delitto influisca sulla sua

imputabilità. Guardata *politicamente*, essa è del pari irrecusabile, perchè alla diversa energia della forza morale soggettiva risponde proporzionalmente una diversa forza morale oggettiva, ossia un diverso danno mediato (2).

(1) La teorica che esclude l' aggravante della premeditazione malgrado il concorso dello intervallo fra la determinazione e l' azione, nel caso che sia dimostrata per tutto questo intervallo la permanente pressione di un affetto agitatore dell' animo, è ricevuta anche nella pratica tedesca, come osserva il Bertolini nell'*Appendice* alla sua traduzione del Frühvald *pag.* 180 *ediz. veneta del* 1857. Anche il D' Anethan *(de meditato delicto)* svolge per lungo la tesi che la premeditazione non debba desumersi dal solo intervallo del tempo fra la determinazione e l' azione ma dalla freddezza dell' animo. Evvi però tuttora fra noi chi, adombrando sotto il velo della ignoranza una sventurata severità di cuore, insinua la idea che codesta distinzione altro non sia che una rilassata benignità toscana, espiscata sulla lettera della legge del 1786. Ma anche il codice penale Modenese sanzionato da Francesco V il 14 decembre 1855 riproduce all' art. 353 la distinzione medesima, letteralmente esigendo che a costituire la premeditazione occorra il copulativo concorso dei due estremi dello *intervallo*, e della *esecuzione con animo freddo.* La pubblicazione di questo codice seguitava di due anni la promulgazione in Toscana del codice del 1853, che certamente non poteva essere ignoto al legislatore estense.

Nel settembre del 1853 io pubblicava uno scritto per dimostrare che cotesta distinzione non erasi reietta, ma virtualmente adottata dal novello codice Toscano. Ciò parve tale eresia che un Regio Procuratore prese la confutazione di quel mio povero scritto come argomento al discorso di apertura della sessione 1853-54. Io persistei nella mia opi-

nione; nè ho veduto che la successiva giurisprudenza le abbia fatto brutto viso. Ciò che tiene ad un tempo ai principii morali ed alla verità ontologica si può momentaneamente comprimere, ma non si uccide. Potete bruciare un libro, ma non bruciate una idea.

(2) Cicerone fino dai suoi tempi notava (nel *lib.* 6 *de legibus) leviora sunt quae repentino motu accidunt, quam ea quae praeparata et meditata inferuntur.* E già prima aveva scritto Platone *(de legibus lib.* 9) *majora supplicia illis decet imponere qui consulto interfecerunt; illis contra qui repente et inconsulto leviora.*

Ma a ciò che Platone diceva e il Romano oratore ripeteva come effato del senso *morale*, e che tutti sentono sotto cotesto punto di vista, risponde con piena analogia il concetto *politico*. *Leviora sunt* in senso morale gli atti commessi per impeto repentino: cioè in essi è minore la forza morale soggettiva del delitto. Ma ciò potrebbe essere ragione di *degradare* la imputazione del fatto speciale senza modificare la quantità politica del malefizio. Peraltro gli atti repentini *leviora sunt* anche in *senso politico;* cioè minore è in essi anche la forza morale oggettiva del delitto; in quanto che meno se ne allarmano, e se ne spaventano i cittadini. E perchè ciò? Unicamente perchè ciascuno sente essere più facile alla prudenza e difesa privata di evitarne i danni, di quello non lo sia rimpetto ad un'aggressione meditata, deliberata e preparata. Ma la perturbazione dell'animo, che agita il malfattore anche nello intervallo della deliberazione e della preparazione, recando seco necessità che i di lui calcoli siano più precipitati, meno esatti e sicuri, e così più facili ad eludersi, porge evidentemente una saldissima ragione *politica* per differenziare l'omicidio *deliberato* dal premeditato, non solo nel *grado* della sua imputazione, ma veramente nella sua politica *quantità.*

§. 1124.

Ogni buon codice che voglia giustamente proporzionare la imputazione alla diversa quantità del reato, deve distinguere con diversi gradi di penalità codeste diverse forme del dolo nell'omicidio. Serbare il massimo della punizione al *premeditato* (1). Qualificare il *deliberato* per la tenacità del malvagio volere palesata dalla perseveranza nello intervallo. Ma punirlo meno del primo: poichè la pressione continuata dell'affetto prepotente che perturbò la ragione, degrada la forza morale soggettiva del delitto per sua propria condizione psicologica, anche a malgrado dello intervallo fra la determinazione e l'azione. Dovrà poi discendere ad inferiore penalità per l'omicidio *predisposto* o volontario: discendere ancora per l'omicidio di *moto improvviso*, o di semplice dolo d'impeto: degradare la imputazione per la sua scusa della *provocazione*, o del *giusto dolore:* discendere all'infimo nello *eccesso di difesa:* perdonare alla umana fragilità nel *difetto di moderame:* dichiararlo legittimo nel *moderame* completo. Questa gradazione, benchè non la trovi completa in nessun codice, è quella che a me sembra giusta per le mie convinzioni teoriche, nelle quali ho dovuto confermarmi per le pratiche osservazioni da me fatte sui moltissimi casi di omicidio che ho avuto fra mano.

(1) Un buon codice non deve dunque limitarsi ad indicare l'aggravante della premeditazione, ma definire cosa intenda per *premeditazione*. E quando esso abbia dato tale

definizione, le circostanze singole che costituiscono il definito devono riprodursi nella sentenza come resultanze di fatto alle quali trovi poscia la debita corrispondenza il concetto giuridico. La Corte di Cassazione di Napoli il 7 ottobre 1864 decise che quando la legge esprimendo una parola non si è riferita al suo significato volgare, ma ha preso cura di definirlo (come avviene della premeditazione) non deve ai giurati proporsi la questione con la sola *parola definita*, ma con tutti i termini della definizione, per evitare il pericolo che i giurati al significato giuridico della parola sostituiscano il significato volgare, o siano obbligati a fare un giudizio di diritto. Del pari la Corte di Cassazione di Torino col suo giudicato del 24 febbrajo 1866 (*n.° 32* del Giornale *la Legge*) decise molto saviamente che non esauriva gli elementi di fatto della premeditazione la dichiarazione che il giudicabile avesse agito col premeditato disegno di *attentare alla vita* del nemico perchè questa formula includeva il possibile del disegno diretto a semplicemente *ferire*. Identica proposizione fermò la Corte di Cassazione di Palermo il 26 febbrajo 1866. In faccia al codice Francese che ravvisa la premeditazione dell' omicidio nel *disegno* di attentare alla persona, ed in faccia al codice Ticinese che la trova nel *disegno di attentare alla vita*; questa dottrina non sarebbe spendibile. Ma è manifesta la infelicità ed inesattezza di quelle due formule, come bene osservò D'Anethan *de meditato delicto pag.* 31.

§. 1125.

Una difficoltà sorge quando si tenta di definire il confine tra l' omicidio premeditato ed il volontario, sotto il rapporto dello intervallo di tempo interceduto fra la determinazione e l' azione. Molti pratici pretesero sciogliere questo problema valutando il tempo in-

terceduto con l' orologio. E qui si scissero chiedendo alcuni le ore ventiquattro, altri meno (1). Ma la teorica delle *ore* fu a buona ragione dallo accorto G i u l i a n i chiamata fantastica. È un criterio concreto che non può determinarsi *a priori*, e deve lo intervallo di tèmpo piuttosto pesarsi che contarsi. Deve piuttosto cercarsi se vi fu diversione ad altri atti, intramissione nei momenti esecutivi. In una parola dipende da un complesso dl circostanze che bisogna necessariamente rimettere alla prudenza del giudice. Io ho veduto in pratica escludere la premeditazione, malgrado lo spazio interceduto anche di sei e dodici ore fra la offesa ricevuta e la vendetta eseguita. Oltre a ciò ho veduto in pratica tenersi conto di una circostanza qualunque che abbia presentaneamente potuto riaccendere lo sdegno che nello intervallo si era sopito. È questo un importantissimo punto da osservarsi, perchè grave errore sarebbe confondere ed unificare la *causa a delinquere* o l' odio, con la premeditazione. Errore nel quale spesso cadono i sostenitori dell' accusa. L' odio e la causa a delinquere, oltre ad essere indizio dell' omicidio, possono essere *indizio* della premeditazione; ma *non sono* la premeditazione (2). Può l' odio essersi nutrito lungamente nell' animo senza aver mai generato la positiva risoluzione di uccidere: e all' improvviso scontro del nemico, ad un suo moto, ad una qualsiasi accidentalità, aver l' odio erotto in un subito sdegno e spinto ad uccidere. Nè per questo si ha la premeditazione, quantunque quell' odio si fosse precedentemente estrinsecato con delle minaccie esprimenti il desiderio di uccidere quel nemico. Perchè troppa

è la differenza tra il *desiderio* e la *volontà;* nè per avere premeditato basta che siasi desiderato, ma bisogna che siasi *determinato* di uccidere. Questo punto di dottrina si è nitidamente, com'è suo stile, delineato dal Niccolini (*Questioni pag.* 575) esprimendolo con un verso di Dante: fintantoche al colpevole — *fra il sì e il no il capo gli tenzona* — egli non premedita.

Oltre l'odio, la causa a delinquere, le generiche minaccie, e la subitanea uccisione, bisognerà dunque per dire premeditato l'omicidio che ricorrano le manifestazioni positive dell'animo coincidenti con la forma della uccisione; o meglio una preordinazione tranquilla e calcolata di mezzi, diretti alla esecuzione come seguì (3).

(1) Lo estremo dello intervallo fra la determinazione e l'azione formò argomento di tentativi per determinarlo numericamente. È celebre la bolla di Clemente XII *in supremo justitiae solio:* la quale stabilì nel limite di *sei ore* lo intervallo che doveva essere passato fra la determinazione e la esecuzione, acciò l'omicidio potesse punirsi come premeditato. Questa disposizione si riprodusse più volte ne' successivi bandi del governo romano. Ma la pratica trovò spesso nella realtà dei casi eccessivamente severo cotesto limite delle sei ore, e cercò declinarlo con varie distinzioni. Ora si disse che il termine delle sei ore procedeva nel caso d'ingiuria recata al corpo, per la quale si dee presumere che l'ira in sei ore siasi calmata: ma che non doveva applicarsi alle ingiurie recate all'onore, o causative di una permanente afflizione; per le quali s'insegnò che dovesse aversi un rispetto, per escludere lo *appensamento*, alla perseveranza dello sdegno non solo oltre le sei ore, ma an-

cora oltre parecchi giorni: vedasi Gizzarello *decis. Neapolit.* 18, *num.* 5 — Deciano *consil.* 3, *num.* 121; *et consil.* 23, *num.* 102 — Vulpello *de verb. signif. verbo incontinenti* — Giurba *consil.* 86, *num.* 18, *et seqq.* Poi si venne generalizzando codesta idea, e si ritenne che siffatto limite segnasse soltanto un *minimo* negativo; cioè che proibisse di dichiarare la premeditazione se non vi erano corse almeno sei ore; ma che non interdicesse ai giudici di escluderla quando anche per un intervallo assai maggiore fosse loro risultata la permanenza di un giusto concitamento dell' animo. Lo che in sostanza ritorna alla teorica del duplice estremo; vale a dire che lo *intervallo* per quanto prolungato non basti a costituire *premeditazione*, se non vi concorre eziandio la *freddezza* del calcolo di un animo che è in possesso della sua piena ragione; Ciazzi *disceptatio* 26, *num.* 14. E questo punto di dottrina può dirsi incarnato nel nostro popolare linguaggio, che comunemente esprime come sinonimi la uccisione *premeditata* e la uccisione *a sangue freddo*. Modernissimamente le dispute sullo *intervallo* si sono affatto tolte via da alcuni codici contemporanei; i quali intralasciando affatto ogni considerazione dello elemento *materiale* della premeditazione (voglio dire lo intervallo fra la determinazione e l' azione) hanno dato prevalenza allo elemento *psicologico*, cioè alla freddezza dell' animo. Così il codice Prussiano del 1851 dichiara *premeditato* l' omicidio *eseguito con riflessione* (§. 175): formula che è letteralmeute tolta dal codice Bavaro del 1813 (art. 146). Evidentemente la *riflessione* porta per suo necessario contenuto uno intervallo di tempo, ed una predisposizione, nel tempo stesso che esprime la calma del ragionamento: ma lo intervallo del tempo viene in certo modo a fare una parte secondaria e quasi consequenziale, ed a limitarsi a quella dimora che è indispensabile alla mente umana per riflettere su qualche cosa.

(2) Questa distinzione fu con tutta esattezza rilevata dalla Gran Corte di Nápoli in un giudicato del 19 febbrajo 1819,

che trovasi riferito nel *Dizionario* dell' Armellini alla parola *premeditazione pag.* 492.

(3) La premeditazione viene generalmente considerata come la più odiosa fra le aggravanti dell' omicidio, e vedesi comunemente ritenuto che per questa sola circostanza debbasi incorrere lo estremo supplizio. Il Pacheco, nel suo commentario all' art. 35 del codice Spagnolo, è stato il primo (per quanto io conosco) che abbia censurato cotesto pensiero. Egli osserva che la premeditazione semplice è meno odiosa, di quello non sia la premeditazione che è naturale concomitanza della *prodizione*, dello *avvelenamento*, e della strage commessa dal sicario per *mercede*. Laonde egli vorrebbe che a siffatte circostanze si riserbasse l' estremo supplizio, e così che la semplice premeditazione si colpisse con un grado inferiore di pena. Io mi sottoscrivo alla opinione dello illustre criminalista spagnuolo troppo presto rapito agli amici ed alla scienza. Essa è conforme al principio generale di giustizia distributiva che richiede si faccia corrispondere per quanto è possibile una diversa quantità di pena ad ogni diversa quantità politica del malefizio: ed è inoltre conforme al criterio costante della quantità politica dei reati desunto dalla maggiore intensità o diffondibilità del danno mediato.

§. 1126.

Non è meno grave in questo argomento la questione della così detta *premeditazione condizionata*. Concretiamone la figura prima di esaminarne la fisonomia. Cajo ode narrare che al suo vicino hanno rubato le frutta dal pomario: sospettando non facciano a lui altrettanto, si arma di schioppo, e si pone a guardia del suo pomario: dopo parecchia veglia, viene di fatti il ladro: Cajo esplode e lo uccide. È egli omicida con

premeditazione? Sì, rispondono molti, perchè maturamente adagiò lo animo suo sul disegno di uccidere chiunque fosse venuto a rubargli le frutta: lo preparò: lo eseguì con tenace proposito (1).

(1) La premeditazione *condizionata* è letteralmente prevista dal codice Francese art. 297; dal codice Napoletano art. 351; dal codice Sardo art. 528; dal codice Ticinese art. 242.

§. 1127.

No, rispondono altri, perchè Cajo fu sempre *incerto* se avesse o no ucciso. Sperava; anzi *desiderava* di non uccidere. E quando vide avverarsi il temuto presagio (giungere il ladro) ed esplose, egli agì per istantanea risoluzione tutta figlia di quello evento che egli non procacciò (1). Gli scrittori che sostengono queste due opposte opinioni si accennano dal Raynaldo *cap. 7, rub. n. 103, ad 114*. La disputa non può risolversi con le autorità, ma con la ragione: perchè in gran parte la divergenza degli scrittori deriva dalla diversa configurazione del caso che hanno pigliato in esame, come potrebbe dimostrarsi mercè un'analisi accurata delle divergenti dottrine, se qui fosse compatibile.

(1) Coloro che sostennero non potersi adattare il titolo di omicidio premeditato ai termini della premeditazione condizionata, argomentarono dalla *leg. sunt quaedam ff. de extraord. crim.* e sulla teorica del Baldo *in Auth. qui jurat. n. 17, C. de bon. auctorit. jud. possid.* ripetuta dal Menochio *de arbitr. cas. 496, n. 4*. Vedasi anche il Casone *de maleficiis praemeditatis tract. 2, cap. 1, n 7 et seqq.; et tract. 4, cap. 1*.

§. 1128.

Bisogna innanzi tutto bene determinare la vera idea della *condizione:* nel che ci servono di grande ajuto le teoriche dei civilisti. La vera ipotesi della premeditazione condizionata si ha soltanto allorachè lo uccidere o no nella determinazione del reo dipende da *un fatto* dell' ucciso, in cui stia la causa di uccidere. Se io delibero di uccidere il nemico la *prima volta che io lo incontro*, o la prima volta *che lo incontro solo:* se, deliberato di uccidere il nemico, lo attendo ad un capo via per ucciderlo *qualora passi per colà;* queste non sono condizioni: sono *modi* di esecuzione. La determinazione di uccidere è *certa*, *incerta* è solo la esecuzione. La premeditazione in codesta ipotesi non può controvertersi. Ma la vera figura della premeditazione condizionale si ha quando il colpevole non è ancora *certo* SE vorrà uccidere, ma lo uccidere dipenderà nel progetto suo dal vedere se la vittima *farà o no* una data cosa. Nel primo caso è certa la volontà di uccidere; incerto solo il *dove* ed il *quando.* Nel secondo caso è *incerta* la determinazione. La mia mente stessa non sa ancora se avverrà o no la strage. Prevedo possibile che non avvenga: anzi lo *spero* e lo *desidero.*

È in questi termini della vera condizione che impugnasi il concorso della premeditazione. Se guardasi *ideologicamente,* dicono i dottori, non si ha una volontà decisa precedente all' azione: la determinazione definitiva è *improvvisa.* Ben lungi colui dallo essere

fermo nel volere uccidere, desiderava e sperava che il fatto previsto non avvenisse; e così che non vi fosse luogo ad effusione di sangue. Non può dirsi premeditato dalla volontà ciò che si desiderava non avvenisse. Se guardasi *moralmente* (proseguono) la volontà si è determinata alla uccisione pel subito sdegno, che è sôrto per quel fatto eccitatore: fatto che è provenuto dallo ucciso, senza eccitamento per parte dello uccisore, ed anzi contro il suo desiderio. Così concludono per la esclusione della qualifica.

§. 1129.

Io crederei che siffatta conclusione dovesse accogliersi soltanto quando lo evento incerto *causativo* della definitiva determinazione, è un fatto *ingiusto* per parte dello ucciso: e molto più quando non sia neppure certo lo *individuo* sul quale dovrà cadere l'atto micidiale. Altrimenti sarebbe reo di omicidio premeditato l' uomo che viaggiando notturnamente siasi premunito di un arme nel fermo proposito di reagire contro chiunque lo insulti. Cotesta preordinazione d mezzi, benchè freddamente calcolata, esprime la *previsione* di volere uccidere; ma non ancora la *volontà* di uccidere. Fino al momento dello insulto il proposito di uccidere non può dirsi *fermo:* esso si è concretato sotto la impressione dello insulto patito, della violazione del suo dominio, della infedeltà della sua donna, e simili. E se la determinazione di uccidere ha assunto il carattere di *positiva* sotto lo impero di quella giusta causa di sdegno, l' omicida non solo non è ad-

debitabile di premeditazione, ma potrà anche nei congrui casi dichiararsi provocato.

§. 1130.

Se però lo evento *causativo* della ultima determinazione non è *ingiusto*, io crederei che la premeditazione non si potesse escludere. Perchè, mancando una causa presentanea *ragionevole* di giusto sdegno, la uccisione si deve riferire piuttosto ad una precedente causa tutta propria dell' animo malvagio dello uccisore, coltivata con freddo calcolo, e così con vera premeditazione (1).

(1) Vedasi sulla premeditazione condizionata D' Anethan *de meditato delicto pag.* 30.

§. 1131.

Ciò che merita speciale considerazione nello argomento gravissimo della premeditazione, si è che la medesima, come condizione giuridica qualificante i malefizi, non può avere una esistenza puramente *soggettiva*. Essa ha nella propria natura la essenzialità di una determinata direzione: deve dunque definirsi unicamente secondo le sue condizioni *oggettive*. Non può affermarsi una *premeditazione in genere* come ente ideale che si concreti dal caso. Non può dirsi costui *premeditò*, dunque tutto ciò che risultò dal suo fatto fu informato dall' aggravante della premeditazione (foss' egli lo incendio, o la morte, o il ferimento, o la

violenza, o l' aborto) alla guisa che sarebbe alla tintoria, dove preparato un vaso d' azzurro, ne esce azzurro tutto quanto colà si tuffa, sia desso una tela, un legno, od un panno lano. No: premeditare vuol dire — meditare innanzi una *determinata cosa* — perchè non può esservi meditazione se non vi è un oggetto speciale su cui si porti la mente che medita. Deve essersi freddamente preveduto, calcolato, e voluto quel risultato appunto dal quale emerge il titolo del reato che si obietta. La ragione dell' aggravante sta nello avere voluto con deliberato consiglio quel tal reato che si pretende qualificare: e cotesta deliberata volontà diretta a quel reato non può obiettarsi a chi deliberò e volle un reato diverso, e più mite.

§. 1132.

Da questo carattere ideologico della premeditazione vengono ad emergere diversi problemi importantissimi che vado ad esporre nelle seguenti *ipotesi.*

I.ª IPOTESI — La premessa regola mena alla conseguenza che può benissimo essersi premeditata una lesione, una mutilazione, un aborto, e può da codesti fatti preveduti e voluti esserne poscia conseguito l'omicidio; ma per siffatta coincidenza non sorge il titolo di omicidio premeditato. In cotesti termini sarà qualificato dalla premeditazione il titolo di ferimento, di aborto, di mutilazione; se fin qui si volle deliberatamente. Ma sarà una feroce poesia lo asserire premeditato anche l' omicidio, che nella deliberazione dell' agente non entrò; e dannar questo a morte come colpevole di

aver previsto e voluto quel risultato che, se pure ei potè prevedere come possibile, certamente non volle.

§. 1133.

L' agente deve rispondere del titolo di *omicidio,* se egli previde il resultato letale, benchè lo prevedesse come meramente possibile; o del titolo di *uccisione* (ossia di omicidio *preterintenzionale* §. 1101) se può ritenersi che ei non lo prevedesse, ma potesse prevederlo. Poichè data la volontà dolosa rapporto ai mezzi, il *nesso materiale* che intercede tra i mezzi voluti e l' esito mortale determina il titolo; e lo porta sulla responsabilità di chi volle con malvagia intenzione i mezzi che ne furono causa. Ma l' aggravante della premeditazione non si appaga del *nesso materiale* tra l' azione malvagia e l' esito mortifero: essa consiste per natura sua in un *nesso intenzionale*, tra l' esito mortifero e la deliberazione dell' agente. E dico *nesso intenzionale*, anzichè semplicemente *nesso ideologico*, perchè questo non basterebbe al bisogno. Nei proposti casi dovrà dunque il giudicabile dichiararsi reo di lesione premeditata, o di aborto premeditato secondo le circostanze: e dichiararsi autore di omicidio senza premeditazione; per applicargli poi la più grave tra le pene inflitte a quel titolo o a questo. Tale è la regola della scienza, dalla quale non deve deflettersi in pratica, tranne quando un codice speciale abbia alla medesima con apposita previsione derogato (1): nella quale ipotesi sarà necessità chinare la fronte alla legge per quanto rigorosa, e poco conforme alla verità delle cose.

(1) L' art. 606 del Progetto di nuovo codice penale formato dalle Cortes Spagnole nel 1821, proponeva appunto che dovesse punirsi come premeditato l' omicidio quando erano state premeditate soltanto le percosse. In proposito di cotesta idea si vedano le osservazioni che fece su quel Progetto la *Audiencia de Castilla la nueva, a pag.* 86. Il Progetto del codice penale Spagnuolo del 1821 contiene molti provvedimenti umanitarii, e mostra che quella generosa nazione era fino da quell' epoca molto più innanzi nel progresso del diritto penale di quello nol fossero i loro vicini di Francia, i quali esprimevano la loro sapienza criminale con le famose leggi sul sacrilegio. Chi medita il Progetto del 1821; e ricordando che quel Progetto spagnuolo fu soffocato dalle baionette francesi che ricondussero la Spagna sotto l' impero del Fuero Juzgo, si fa a leggere in alcuni criminalisti francesi contemporanei il rimprovero di barbarie che si dirige alla Spagna nel diritto penale: non può trattenere un fremito d' indignazione, e ravvisare in quel rimprovero l' insulto che l' oppressore dirige alla sua vittima. Se la civiltà francese credette utile a sè respingere nella barbarie la Spagna che se ne veniva purgando, non dovrebbero almeno li scrittori francesi rimproverarle l' opera della loro nazione. La Spagna col nuovo codice del 1848, si è un' altra volta lanciata innanzi alla sua sorella nella proclamazione dei principii umanitarii. E nel codice del 1848 non è stata riprodotta la esorbitante rigidità dell'art. 606 del Progetto. Codesto codice conserva tuttavia alcuni ruderi delle antiche tradizioni, difficili a scuotersi per intero in un solo slancio: ma è sempre migliore assai del codice Francese. Il codice Toscano del 1853 ad evitare il pericolo che la premeditazione di ferire si tenesse come equivalente alla premeditazione di uccidere, ha con esplicita provvisione contemplato il caso nell' art. 311; e lo ha risoluto in conformità dei principii della scienza, negando l' aggravante. Lo stesso fece il codice Badese §§. 205 e 206. Il codice di Bolivia al contrario (art. 562) ha preso una via eclettica al-

quanto sottile. Data la premeditaziooe diretta al solo ferimento noo ammette per regola che possa applicarsi la pena dell' omicidio premeditato quantuoque siasi di fatto ucciso. Ma stabilisce però uoa limitazione a quella regola, ed irroga la peoa dell' omicidio premeditato quando si abbia la prova che nel momento della esecuziooe il giudicabile agì coo intenzione precisamente diretta alla morte. Comprende ognuoo che in questa forma di soluzione piuttostochè dare una diversa decisione al problema si procede con la negazione del supposto: perchè la prova della precisa intenzione diretta alla morte nel momento della esecuzione farà sempre dubitare sulla sincerità di una precedente ioteozione diretta soltanto a ferire. Altro è coogetturare l' animo da un eveoto che può essere accideotale: altro è stabilire che la chiara iotenzione susseguente getta luce sulla intenzione precedente.

§. 1134.

II.ª IPOTESI — Dalle condizioni ideologiche della premeditazione scaturisce spontanea la ulteriore conseguenza che può essersi *complici* di un omicidio premeditato, ma senza premeditazione quanto a sè. Ciò si verifica in ciascuna delle seguenti configurazioni.

1.° Quando nell' atto in cui l' assassino premeditatamente assale la vittima per ucciderla, un altro che casualmente sopraggiunge (eccitato da antipatia verso la vittima, o da simpatia verso l' aggressore) per un subitaneo moto d' animo dia opera ad ajutare questo a danno dello aggredito. Pretendere che l' azione istantaneamente voluta da quel sopraggiunto debba dirsi premeditata ancora da lui, per il fine di consegnarlo al carnefice, è un contradire alla verità; poichè nella realtà dei fatti egli fino a pochi minuti innanzi all' opera

micidiale, niente ne sapeva, e neppure prevedeva di trovarvisi mescolato. Pretendere che il sopraggiunto, quantunque niente avesse premeditato, debba tenersi come responsabile di premeditazione, perchè la premeditazione fu nell' animo del primo aggressore, è uno errore giuridico. Ed è un errore giuridico, perchè comunica dal principale all' accessorio non solo le condizioni materiali del fatto che questi vide, conobbe, ed in qualche guisa materialmente coadiuvò; ma anche le condizioni intenzionali del primo aggressore, che dall' altro non furono nè vedute, nè conosciute, e che per modo alcuno non furono da lui eccitate. Sarebbe complice con premeditazione chi per lo innanzi avesse deliberatamente istigato l' omicida al delitto, sebbene a questo non lo avesse materialmente aiutato. Ma non lo può essere colui che quanto a sè agiva per subitaneo moto di animo, senza nissun calcolo, o deliberazione sua propria. Sarà anche costui responsabile dell' esito mortifero che per vincolo materiale si connette al fatto suo proprio: ma non sarà responsabile dello stato più odioso nel quale versava la intenzione dell' altro, perchè a questa la intenzione sua non si connette nè per vincolo di causa ad effetto, perchè egli non la eccitò; e neppure per un vincolo tutto ideologico di cognizione, perchè egli neppure conobbe se l' aggressione dell' altro era o no premeditata (1).

(1) La questione fu esaminata dalla Gran Corte di Napoli nel suo giudicato del 28 novembre 1813, la quale emise la sua opinione nei seguenti termini — Ivi — *Un premeditato uccisore di un uomo è reo d' assassinio. Ma non lo*

è certamente colui che senza un precedente disegno, ma nel solo momento della esecuzione, gli si rende complice. Questi non è colpevole che di omicidio volontario. *La* premeditazione, *ch' era tutta propria dell' agente principale, non può estendersi nei suoi effetti a colui che si è reso complice nel momento.* Le circostanze che il furto ecceda un certo valore, che sia accompagnato da violenza, che sia commesso in luogo abitato, che sia commesso con scalata, che sia commesso con effrazione, sono tutte circostanze *materiali* che informando il delitto si comunicano a tutti i partecipi per loro virtù giuridica, tostochè concorra la scienza; laonde la ricerca delle medesime deve istituirsi impersonalmente e non ripetersi per ciascuno dei complici: Corte di Cassazione di Milano 23 maggio 1865. Al contrario la circostanza della *premeditazione* non è *materiale*, ma *personale*, laonde la ricerca della medesima deve istituirsi ripetendola per ciascuno omicidio, e per ciascuno degli accusati: Corte di Cassazione di Napoli 7 ottobre 1864 — Corte di Cassazione di Palermo 24 agosto 1865. Maisonneuve (*esposé de droit pènal pag.* 105) si sbarazza delle difficoltà con una disinvoltura non invidiabile, dicendo che la premeditazione come circostanza *materiale* si comunica dall' autore principale al complice: questa è palpabile petizione di principio che procede sopra un falso supposto, poichè per dire materiale la premeditazione bisogna dimostrare che è materiale il pensiero. Egli si mostra tanto sicuro di ciò da darvi ad intendere che *nessuno ne dubita!!* Fra noi certamente *nessuno ne dubita* perchè precisamente si ritiene come positivo il contrario: e ciò non solo dagli scrittori, ma universalmente dai tribunali superiori d' Italia. Ciò si è nuovamente affermato dalla Corte di Cassazione di Torino nel suo decreto del 12 maggio 1866. Anche gli antichi pratici configurano questa ipotesi, esemplificandola nel caso di uno che avendo premeditato la strage del nemico, vada alla taberna con dei compagni per ivi aggredirlo; e colà susciti una rissa nella quale i suoi compagni affatto

ignari del suo precedente disegno lo aiutinò allo eccidio: e comunemente risolvettero il caso con la regola della non comunicazione dell' aggravante. Vedansi Claro §. *homicidium n.* 37, *et ibi* Bajardo *n.* 126 — Farinaccio *pract. pars* 3, *quaest.* 96, *n.* 79; *et quaest.* 131, *n.* 28 — Bossius *de homicidio nn.* 22 *et* 23 — Bertazzolo *lib.* 2, *cons.* 326, *n.* 3 — Basilico *decis. crim. dec.* 16, *n.* 20 — Berlichio *pract. concl. pars* 4, *concl.* 11, *n.* 52 — Boehemer *ad* Carpzovium *obs.* 2, *ad quaest.* 25, *n.* 18. Il principio che l' aggravante della premeditazione deve giudicarsi con la regola della *individualità del dolo* anzichè con quella della *individuità del titolo*, si è di nuovo sanzionata dalla Corte di Cassazione di Palermo alla udienza del 9 maggio 1865, nei termini di un complice per *istigazione* ed *istruzioni* dale ad un' omicida che agì con premeditazione. La Corte Suprema ammise che se la istigatrice al viricidio avesse proceduto a quelli eccitamenti e a quelle istruzioni sotto lo impulso d' istantanea passione, a lei non sarebbe comunicabile tale aggravante quantunque lo istigato avesse proceduto alla esecuzione con freddo animo e con piena premeditazione. Bellissima decisione da vedersi nel Giornale *La legge* al *n.* 11 del 1866.

§. 1135.

2.° La seconda forma in cui si svolge il tema della seconda ipotesi da me proposta, occorre quando il *fine* dei due partecipi sia difforme, perchè l' uno premeditasse di uccidere il comune nemico, e l' altro premeditasse di ferirlo soltanto (1). Quest' ultimo del ferimento al quale dette opera sarà responsabile come di ferimento premeditato, finchè si obietti la sola materialità di questo titolo. Sarà responsabile del titolo di omicidio per la morte che cagionò il suo compagno,

come di un fatto a cui porse materiale soccorso la mano sua. Anche quanto a cotesto risultato mortifero egli può essere tenuto responsabile intenzionalmente qualora, sebbene avvenuto oltre la sua volontà, possa in qualche modo ritenersi da lui preveduto. Ma non potrà tenersene responsabile con l' aggravante della premeditazione. Sostenendo ciò, si cade anche una volta nel vizio logico della contradizione; perchè accusandolo di *premeditazione di omicidio* si afferma che egli preventivamente volle la morte; e nel tempo stesso, ammettendo che egli premeditasse soltanto il ferimento, o la mutilazione, si afferma il direttamente contrario, che egli *preventivamente non disegnò, e non volle la morte.* Da codesto vizio logico ne consegue il vizio e grave errore giuridico di fare un uomo responsabile sotto la forma di dolo di proposito di una condizione che da lui non fu nè conosciuta, nè prevista, nè voluta; voglio dire la premeditazione micidiale del suo compagno.

Queste distinzioni non sono speculazioni teoriche. Irrefragabili documenti le mostrano continuamente rispettate nella nostra giurisprudenza. La responsabilità del *fatto* si comunica; la responsabilità della *intensità del dolo*, e del *grado del dolo* non si comunica da anima ad anima.

(1) Suppongasi che tre amici per fare onta ad un comune avversario si accordino di bastonarlo. Mentre due di loro lo aggrediscono e gli ammenano delle percosse con piccoli bastoni, il terzo trae una pistola e la esplode contro il nemico, cagionandogli la morte. Quei due sono indubitatamente colpevoli di lesioni premeditate; ma ignoranti come essi

erano del più truce disegno del compagno, e dell' arme mortifera che avea preparato, non potranno mai senza ingiustizia punirsi di morte come rei di premeditato omicidio: perchè la premeditazione (checchè abbia detto qualche scrittore francese) non tiene per niente alla *realtà* del fatto, ma allo *stato di animo* di ciascun individuo colpevole. Vedasi ciò che scrissi su questo argomento nelle mie *lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*. Questi principii ricevono giornaliera conferma dalla giurisprudenza italiana, che tenace propugna la regola della *individualità del dolo*. Oltre il giudicato della Cassazione di Napoli, che richiamo più innanzi al §. 1420 nota 1, nello istesso senso si è pronunziata la Corte della Cassazione di Milano col decreto del 19 maggio 1865. Ivi si ripete che (a differenza delle aggravanti *materiali*) le aggravanti *morali*, come la *premeditazione*, possono esistere a carico di un accusato e non a carico dell' altro, laonde è necessario che la sentenza dichiari in faccia ad un' accusa di ferimento premeditato, il concorso della premeditazione in ciascuno degli accusati.

§. 1136.

III.ª IPOTESI — Una terza ipotesi analoga alle precedenti, ma non identica, sorge nel caso che taluno avesse premeditato di uccidere Tizio; ma errando nella persona avesse invece ucciso Cajo. Su questa fattispecie si è riprodotto modernamente il problema già proposto dai vecchi pratici: e si è sostenuto che alla medesima non possa convenire la pena dell' omicidio premeditato. La strage di Tizio (si dice) che era premeditata non ebbe effetto: si ha un tentativo di omicidio premeditato. La strage di Cajo che si eseguì non era premeditata: si ha un omicidio improvviso. Il Van

Berkhout *(diss. de homicidio voluntario pag.* 9) ha sostenuto cotesta dottrina: il fatto e la volontà non corrispondono fra di loro, vi è un fatto ed una premeditazione, ma non un fatto premeditato. Questa opinione si sostenne fra gli antichi nettamente dal Claro §. *homicidium n.* 5. Recentissimamente si è sostenuta di nuovo dal Pessina nel suo *trattato di penalità speciale a pag.* 25; ove conclude che la premeditazione è rimasta nella pura intenzione senza manifestarsi nella *specialità concreta dell' azione* (1).

(1) Questo caso è ben diverso da quello, di cui parlai nella *Parte Generale* a §. 262 nella nota. Là si poneva il caso *semplice;* qui il caso *misto*. Là si cercava se lo avere ucciso uno per un altro escludesse o no il titolo di *omicidio*, in quanto la uccisione *avvenuta* non potesse dirsi *voluta*, e la *voluta* non potesse dirsi *ottenuta*. Sulla quale ipotesi si divisero li scrittori: sostenendosi da alcuni (Menochio *de arbitr. cent.* 4, *cas.* 324, *n.* 9) la esclusione del *titolo* ordinario: e da altri (Leyser *meditat. ad Pandectas spec.* 597, *medit.* 15) sostenendosi invece la irrilevanza dello *errore* in cotesto caso. Sul che notai al detto luogo qual fosse la conciliazione ingegnosamente suggerita dall' Haus: ed aggiungerò adesso che tale conciliazione trova conforto anche nello insegnamento del Gomez *var resol. tom.* 3, *cap.* 3, *nn.* 34 *et* 35 — dell' Harpprecht *in* §. 5, *Inst. de publicis judicis nn.* 239 *et* 251 — riprodotto dal Reyger *thesaurum juris,verb. homicidium n.* 110 *et* 111.

Ma invece nella ipotesi, che a questo luogo propongo, non si ricerca se il *titolo* di omicidio rimanga, o no: si suppone risoluta codesta prima questione nel senso che il titolo di *omicidio* rimanga. Ma si procede alla soluzione del caso misto, cioè della aggravante che si vuol fare risultare dalla premeditazione. Si noti bene la differenza tra questio-

ne e questione: poichè le ragioni di risolvere la prima questione nel senso più severo possono non avere eguale valore per risolvere nel senso più severo anche la seconda questione. E se bene si guardano gli argomenti che a confutare il Menochio furono addotti dal Leyser in quella sua dissertazione *de injusta in homicidas indulgentia*, si trova forse là entro il difetto per la illazione da caso a caso. Alla *essenzialità* del titolo di *omicidio* sta bene che non pertenga la diversità di persona. Ma certamente alla *essenzialità* della *premeditazione* appartiene lo avere precedentemente deliberato quello che si è poscia ottenuto. E sta qui appunto la ragione di dubitare del secondo caso.

Malgrado ciò l' Armellini nel suo *Dizionario* alla parola *premeditozione* enuncia la dottrina opposta; ponendo la qualifica nel *disegno* precedente di uccidere, *impersonalmente* guardato: il qual concetto già erasi formulato sotto il medesimo punto di vista dal Bergero *electa juris crim. pars* 1, *pag.* 92.

Del resto su questi casi di *errore di persona* nell'omicidio largamente dissertarono i pratici: Ciarlino *controv. foren. pors* 2, *cont.* 203, 37 — Farinaccio *prox. crimin pors* 4, *quaest.* 125, *num.* 152 — Conciolo *resol. crimin. verb. occiso*, *res.* 1, *per tot.* — Andreolo *controv.* 371, *per tot.* — Calvino *de oequitate lib.* 2, *cap.* 2, *n.* 20 *et seqq.* — Raynaldo *syntoxis rer. crim. lib.* 1, *cap.* 7, *od rubr. n.* 43, *et seqq.* — Bossio *de homicidio n.* 73 — Isernia *in constit. Neapolit. lib.* 1, *rub.* 13, *tit. de homicidio*, *n.* 5 — Vasquio *controv. illustr. cap.* 19, *n.* 24; *et cap.* 96, *lib.* 3, *n.* 32 — Fachineo *controv. lib.* 1, *cop.* 57 — Riminaldo *cons.* 349, *n.* 1 *et seqq. lib.* 3 — Vermigliolo *cons.* 54, *n.* 8 — Manzi *consultat. lib.* 7, *cons.* 642 *et* 643 — Mascardo *de probot. concl.* 864, *n.* 6 — Caepolla *cons.* 33 — Treutlero *disp.* 32, *th.* 6, *vol.* 2 — Bronchorst *centuria* 4, *ox.* 85 — Photenauer *dissert. de delicto per errorem in persona commisso pag.* 28 — Richter *ve-*

lit. 40, *pag.* 797 *et* 798 — Sperello *decis.* 22, *n.* 3; *et dec.* 64, *n.* 51 — Basilico *dec. criminal. dec.* 16, *in princip.* — Thomming *dec.* 38 — Thesauro *dec.* 243 — Grammatico *vol. crim.* 8, *n.* 14 *et seqq.* E più specialmente il Passerino ne fece argomento di un intero volume nel suo trattato *de occidente unum pro alio;* e nella *disput.* 4, virilmente sostenne non potersi applicare la pena ordinaria.

Vedasi ciò che dirò più innanzi, al §. 1330 nota 1, circa la forma che assume ben diversa la questione dello errore di persona nella materia delle minoranti desunte dall' impeto.

§. 1137.

IV.ª ipotesi — Una quarta ipotesi sorge nel caso in cui la morte del nemico, voluta e premeditata da noi, siasi procacciata, ma con mezzi diversi da quelli che noi avevamo indirizzati al pravo fine, e coi quali credemmo di averlo ottenuto (1). La ipotesi è speciosa, ma niente difficile a realizzarsi. Tizio aggredisce il nemico, lo percuote, lo stende al suolo, lo crede estinto: allora persuaso di avere consumato la strage, pensa a nascondere il proprio delitto, prende quel corpo da lui creduto cadavere, e lo getta in un fiume: reperito poscia il cadavere si verifica dagli esperti che quello infelice morì per annegamento: egli era vivo dopo le ricevute percosse, e sarebbe ancora vissuto. Ecco; il delinquente ebbe animo premeditato di uccidere: eseguì la micidiale intenzione fino al punto che egli credette di avere ucciso: ma poichè ucciso egli non aveva, questa prima serie di atti fluttuerebbe tra l' omicidio mancato, e l' omicidio tentato; mai non potrebbe

estendersi all' omicidio consumato perchè le manca la essenza di fatto. Incominciò la seconda serie degli atti del delinquente; ma questi non furono indirizzati ad un fine colpevole: egli incominciò a tremare per sè: forse ogni idea micidiale erasi dileguata dall' animo suo: forse egli era profondamente pentito del male fatto: forse egli stesso con mutato consiglio avrebbe tentato di richiamare la vita in quell' infelice, se non lo avesse ormai creduto irrevocabilmente cadavere. Ad ogni modo certo è, che quando egli lo gettava nel fiume non poteva avere intenzione di uccidere un uomo che ei credeva già morto. Egli annegò per tal guisa quello sventurato; e così la sua seconda azione presenta completa la essenza di fatto dell' omicidio che mancò nella prima; ma per opposito vi è totale deficienza del dolo. L' atto col quale egli uccise non fu nè premeditato, nè diretto ad uccidere. Gli atti da lui premeditati per uccidere non sortirono lo effetto loro. Vi è dunque a rigore di termini un omicidio premeditato imperfetto nel primo momento di azione; e un omicidio involontario nel secondo momento. I termini per irrogare lo estremo supplizio non ricorrono nè nel primo nè nel secondo. Malgrado per altro questa rigorosa deduzione di principii che dovrebbe a mio credere dominare nel silenzio della legge: è un fatto però che tutti quei codici moderni dai quali si è previsto cotesto caso, lo hanno risoluto nel senso più severo.

(1) Analogo caso si è verificato anche in Napoli nel marzo 1867. Un uomo esplose un colpo di pistola contro il nemico fuggente e lo vide immediatamente cadere esanime al

suolo ma i projettili non gli avevano neppure sfiorata la pelle: la visita necroscopica certificò che quell' individuo era morto dalla paura: così leggesi nel giornale la *Nazione del* 25 *marzo* 1867 *n.* 84. Il caso era *analogo*, ma non *identico:* perchè nella ipotesi che contemplo nel testo la opera del colpevole si divide in due distinti momenti di fatto: nel primo (in cui non si uccise) si ebbe intenzione di uccidere: nel secondo (in cui si uccise) non si ebbe intenzione di uccidere. Al contrario nel caso di Napoli il momento della consumazione criminosa (esplosione dell' arme) fu uno solo: e in questo unico momento che cagionò la morte concorse la intenzione determinata a dar morte. La accidentalità che quel momento di azione diretto alla strage non abbia esercitato quella funzione meccanica che prevedevasi dallo agente, ma una funzione diversa ugualmente micidiale non giova a mio credere a modificare la imputazione.

CAPITOLO V.

Criterii misuratori della quantità politica dell'omicidio desunti dai vincoli di sangue *fra l' uccisore e l' ucciso.*

TITOLO UNICO

Parricidio.

§. 1138.

A questa serie richiamasi naturalmente il *parricidio* (1). Gli istitutisti in generale vi richiamarono i titoli d' *infanticidio*, di *esposizione d' infanti*, e di *feticidio.* Ma in faccia alla scienza moderna che del ti-

tolo d' *infanticidio* ha fatto una specie particolare, per minorarne la pena in ragione della *causa;* ed in faccia alla concordia dei legislatori contemporanei i quali nel *feticidio* ravvisano una specie distinta di delitto per la sua minore *quantità naturale;* la trattazione di questi titoli non può accomodarsi nella presente sede, ma in quelle ove la richiamano appunto la considerazione della *causa*, e della *quantità naturale*. Ora dunque è più specialmente a parlarsi del *parricidio*.

(1) Bibliografia — Rousseaud de la Combe *mat. crimin. sect.* 8, *pag.* 88 — Jousse *justice criminelle vol.* 4, *tit.* 59, *pag.* 1 — Ursaya *instit. crim. lib.* 2, *tit.* 5, *n.* 45 — Kemmerick *synopsis pag.* 54 — Ramos del Manzano *de err. Tribon. circa poenam parricidii* — Deciano *tract. crim. lib.* 9, *pag.* 268, *cap.* 15 — Besoldo *dissertationes vol.* 1, *pag.* 1064, *n.* 7; *et vol.* 2, *pag.* 667, *n.* 7 — Broecke *de poena parricidii* — Meester *diss. ad leg. Pompej. de parricidiis* — Moorrees *diss. de parricidio* — Pereyra *disp. de parricidii crimine (in Thesaur. Ott vol.* 5, *pag.* 905) — Huberp *diss. de poena parricidii (diss. tom.* 1, *pag.* 206) — Leyser *medit. ad Pandectas spec.* 610 *et* 612 — Boehmero *exercit. vol.* 6, *pag.* 374 — Paoletti *instit. theor. pract. crim. lib.* 3, *tit.* 12 — Poggi *elem. jurisp. crim. lib.* 3, *cap.* 5 — Cremani *de jure crim. lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 6 — Vouglans *leggi criminali tit.* 3, *cap.* 2, §. 2 — Renazzi *elem. jur. crim. lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 5 — Raffaelli *nomotesia penale vol.* 1, *pag.* 155 — Alphani *de jure criminali lib.* 2, *tit.* 6 — Caravita *institutionum criminalium lib.* 1, *cap.* 59 — Drabbe *quaestiones juridicae quaest.* 1, *in lege Pompeja de parricidiis* — Schiltero *praxis jur. rom. in foro Germanico tom.* 3, *exercit.* 49, §. 127 — Puttman *inst. jur.*

crim. §. 328 *et seqq.* — Meister *princ. jur. crim.* §. 99 — Carmignani *elem. jur. crim.* §. 943 — Romano *inst. di diritto penale part.* 2, *cap.* 14 — Armellini *inst. di diritto penale part.* 3, *pag.* 36 — Pessina *trattato di penalità speciale pag.* 18 — Giuliani *instit. di dir. crim. vol.* 2, *pag.* 245 — Puccioni *Saggio pag.* 443.

§. 1139.

Qui troviamo una disputa filologica intorno alla origine del nome *parricidio.* Mentre è certo per l' attestazione di Plutarco che Romolo non avea promulgato alcuna legge contro il parricidio imitando in questo Solone, abbiamo in Pompeo Festo (verbo *parici)* il frammento di una legge regia dettata in prima dallo stesso Romolo, e riprodotta poi con emenda da Numa, così concepito — *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit paricida esto* — sul qual frammento aggiungeva Festo — *nam paricida non utique ipse qui parentem occidisset dicebatur, sed qualemcumque hominem.* La comune dei dottori, leggendo *parricida* là dove era scritto *paricida*, cercò spiegare perchè si fosse dato il nome di *parricida* all' uccisore di qualunque uomo libero: e credette trovarne la ragione etimologica nel titolo di *patres conscripti* che veniva dato ai cittadini romani. Codesta lezione e codesta spiegazione fu come suolsi ripetuta da scrittore a scrittore, e giunse fino a noi.

Ma il Gebauer in una sua esercitazione accademica (*Tullus Hostilius pag.* 65) illustrando un cenno già datone da Ramos del Manzano, osservò, che in Festo leggevasi per tre volte ripetuto *pari-*

cida, e non *parricida:* onde ne argomentò a tutta ragione che il *paricida* delle leggi regie niente avesse di comune col *parricida* nostro; e cercando la genesi di quel vocabolo, credette trovarla in questo, che uccidendo un *uomo libero* si uccideva uno, *qui pari jure utitur* — Pares *non sunt, qui civitatis Romanae jure carebant; peregrini*, hostes *a veteribus appellati, quos occidisse nullum aut levius facinus habebatur. Nec pares sunt qui impari jure vivebant: ita pater impune occidebat filium, dominus servum.* Così il Gebauer: e l'autorità del suo nome, e la evidenza dello errore nell'antica lezione, accreditarono nelle scuole germaniche la sua interpretazione. Sicchè mentre fino ai dì nostri tornava ad insegnarsi di qua dall'Alpi la favoletta dei *patres conscripti*, questa veniva nelle accademie alemanne universalmente e meritamente derisa (1).

Ma mentre il Gebauer non parea dubbio sullo errore dell'antica lezione che aveva incautamente duplicato la R nella legge di Romolo, egli modestamente concludeva che la etimologia da lui addotta della parola *paricida* non era se non una congettura. E veramente pare a me che anche codesta congettura sia errata. E me ne fa certo il seguente ricordo di Cicerone *(II, 9, de legibus)* — *sacrum, sacrove commendatum, qui cleperit rapsitve paricida esto* — Ora ognuno comprende che se la parola *paricida* viene applicata a chi profana una cosa sacra, la etimologia di codesta parola non può essere quella immaginata dal Gebauer; poichè non è possibile attribuire il rimprovero di avere ucciso *eum qui pari jure utitur* a chi profana l'altare. Parmi però facile cosa conciliare i due

frammenti, e trovarne la comune spiegazione. Non tutti i giudici dell' antica Roma avevano balìa di condannare a morte. Questo diritto supremo conferivasi soltanto ad alcuni questori, che perciò si dicevano *quaestores parici*, o secondo la migliore lezione *quaestores paricidi*. Perchè costoro si dicessero così, ce lo insegna lo stesso Festo *(de verb. signif. lib* 5) alla parola *quaestores* — *quaestores dicebantur quod quaererent de rebus* capitalibus: *unde qui talia quaerunt, quaestores* paricidi *appellantur* — cioè questori ai quali è dato il diritto di uccidere un loro pari, un cittadino romano. Lo che mostra che la frase *paricida esto*, non altro designava che una competenza; cioè che quel delinquente doveva essere invitato al giudizio davanti ai questori *paricidi*, cioè a quei giudici che avevano balìa di condannarlo a morte. Sicchè la clausula *paricida esto* era in sostanza sinonima all' altra *capital esto;* e così poteva bene applicarsi tanto ai colpevoli di omicidio, quanto ai colpevoli di sacrilegio, e ad altri rei di grave malefizio (2).

(1) L' Arabia nei suoi *principii di diritto penale vol.* 3, *pag.* 258, ripete presso a poco la etimologia del Gebauer, insegnando che nella primitiva Roma la voce *parricidium* significava *paris excidium*.

(2) La definizione dei *questori paricidi* trovasi nella *leg.* 2, §. 23, *ff. de orig. juris;* e intorno a questi giudici latamente disserta Hotomanno nel commentario *de magistratibus romanorum*. Anche Gravina *(de orig. jur. lib.* 2, *cap.* 62) insegna che *capital esto*, e *paricida esto* suonavano lo stesso. Non è da confondersi, come taluno fece, il senso in cui la parola *paricida* si adoperò nelle leggi regie, col senso figurato in cui dagli scrittori del se-

colo d' oro venne spesa poscia la parola *parricidium*. Così Sallustio (*in Catilin.*) disse *parricidio* l' aggressione della patria: e Cicerone (*in Verrem*) disse simile ai *parricidio* la strage di un cittadino romano; e poscia Valerio Maximo (*lib.* 1, *cap.* 6) chiamò *parricidio* la uccisione di Cesare, onde il giorno delle Idi di marzo fu detto parricida perchè in quello era stato ucciso Cesare; Pitisco *lexicon antiquitatum*, *verbo Idus:* e Tacito (*histor. cap.* 85) chiamò *parricida* Vitellio perchè avea volto le armi contro la patria: Floro (*lib.* 3, *cap.* 21) disse *parricidiale bellum*. Ma in tutti cotesti modi rettorici nessuno di tali scrittori ebbe per certo in mente il dettato di Romolo e Numa; e fuori di ogni proposito si vorrebbe dall' uno o dall' altro di quei frammenti desumere il senso tutto positivo e giuridico della parola *paricida* nei tempi regii.

§. 1140.

La parola *parricidio* nel senso odierno trovasi usata per la prima volta nelle XII tavole: nelle quali, secondo la opinione prevalsa dopo Gotofredo, si usò tassativamente per designare la uccisione dei *genitori* commessa dai *figli* (1). Poi le leggi di Silla estesero questo titolo alla uccisione di altri congiunti. Poi la legge Pompeja *de parricidiis* lo estese ancor più, spingendolo fino alla uccisione dei nipoti, della sposa, dei cugini, del suocero, e del patrono. Finalmente Costantino nella *leg. unica C. de his qui parentes* restrinse di nuovo cotesto titolo, limitandolo alla sola uccisione consumata tra persone in linea retta ascendentale e discendentale. Almeno deve tenersi come tale il pensiero di Costantino dopo la correzione che di quel testo fece Triboniano al *lib.* 4, *tit.* 18, §. 6 delle *isti-*

tuzioni. I codici moderni l' hanno ristretto ancor più; e sono per la maggior parte tornati al pensiero delle XII tavole limitandolo alla sola uccisione degli *ascendenti.* Onde per tali oscillazioni della definizione legislativa, invalse in pratica la distinzione tra parricidio *proprio* e parricidio *improprio;* con la quale ultima denominazione si designò per lunghi anni la uccisione del discendente, del conjuge, del fratello, zio, ed altri stretti congiunti (2).

(1) Vuolsi che Solone nelle sue leggi non avesse dettato sanzione contro il *parricidio*, dicendo che lo riteneva impossibile: il qual pensiero sembra fosse seguitato da Romolo. Narra Brissonio (*de regno persico lib.* 2, *pag.* 198) che appo i Persiani quando presentavasi un caso di parricidio, i tribunali dovevano dichiarare che quel figlio era adulterino o supposto. Lochè evidentemente avea per iscopo di persuadere al popolo essere impossibile anche nella natura umana la più depravata che un figlio uccidesse il genitore: Raffaelli *nomotesia penale vol.* 1, *pag.* 155 — Giordani *codice penale Austriaco illustrato vol.* 1, *pag.* 257.

(2) L' antica pratica francese, come ne fa fede Rousseaud de la Combe (*op. cit. pag.* 88) e Jousse (*l. c.*) aveva nè più nè meno esteso il titolo di *parricidio* anche alla uccisione del padrone commessa dal domestico, alla uccisione del marito commessa dalla moglie, ed a quella della moglie commessa dal marito. Piacque pure a taluno estendere l'aggravante anche alle offese recate al proprio suocero, per l' *odio naturale* (come dissero sull' autorità di Terenzio) che nutre sempre la nuora verso il suocero. Controsenso ed errore giuridico: poichè se supponete un *odio naturale*, cessa la ragione del conculcato affetto sulla quale costruiscesi l' aggravazione. È vero che Servio Tullio edittò

una sanzione speciale contro le nuore che usavano violenza a danno dei loro suoceri. Ma ripeto che l' autorità del giure romano poco vale in materia di delitti e di pene. Cotesta ed altre simili sanzioni debbono aver causa non in un principio di ragione, ma in speciali condizioni delle costumanze locali. Sui motivi per cui Servio Tullio esasperò la pena contro la nuora e non contro il genero, disputano largamente gli interpreti, proponendo diverse congetture e spiegazioni di tale specialità: vedasi D' Arnaud *var. conject. lib.* 1, *cap.* 5, *in fin.* Io capisco benissimo che sotto le ispirazioni ampliative di una severità draconiana si potesse equiparare il *conjugicidio* al *parricidio*. Ma non ho mai capito come e per quali ragioni Jousse *(part.* 4, *tit.* 39, *n.* 3; *vol.* 4, *pag.* 2, *in fin.)* potesse in proposito del coniugicidio insegnare — *ce parricide est* même plus grave *que celui d' un enfant qui tue son père !*

Molte legislazioni moderne hanno affatto pretermesso ogni aumento di pena contro quello che in antico chiamavasi parricidio *improprio*, cioè contro la uccisione volontaria del fratello e del figlio, e contro la uccisione del conjuge. Il codice Francese del 1810 (art. 324) ha previsto l' omicidio sul conjuge, unicamente per eliminare la scusa della provocazione (lo che è assai severo) ma non ha proceduto ad aumento di penalità. È peraltro osservabile come testimonianza di certi singolari contrasti fra le umane opinioni il vedere che i commentatori del codice penale Spagnuolo (Pacheco *el codigo penal comentado art.* 10, *n.* 20) proclamano come meritevoli di aggravamento nella pena le percosse inferite dal marito alla moglie, per lo abuso della forza brutale contro il debole : e nel tempo stesso il codice Francese negandosi a riconoscere in quelle percosse per quanto gravi neppure una scusa a favore della donna che reagisce, ne converte in precetto la tolleranza. L' art. 534 del codice Sardo non ammetteva neppur esso aumento di pena per il caso di parricidio improprio, perchè aveva spinto alla galera a vita la punizione dell' omicidio volontario eseguito so-

pra estranei. Ma nella pubblicazione che l'anno 1861 venne fatta di quel codice nelle provincie napoletane anche l'art. 534 fu riformato; e, portata la pena ordinaria dell'omicidio ai 20 anni di galera, si riservò la pena perpetua alla uccisione commessa sul discendente, sul conjuge, sul fratello, o sorella.

§. 1141.

Oltre ciò che in generale costituisce la *essenza di fatto* dell'omicidio, richiedesi come elemento materiale del parricidio il *vincolo* per discendenza dello uccisore verso l'ucciso. Ma sulla *indole* di codesto vincolo non sono concordi i criminalisti e i legislatori. Nessuna questione circa il vincolo *di natura* constatato da *legittimo* matrimonio, che è il vero costituente del parricidio. Qualche divergenza s'incontra in ordine al figlio *naturale* non legittimo; in proposito del quale alcuni estendono indistintamente a qualunque figlio *illegittimo* il titolo di parricidio rispetto alla madre, ed anche rispetto al padre quando siavi recognizione legale: mentre altri vogliono esclusa l'aggravante nel caso di filiazione *incestuosa*, *adulterina*, e *sacrilega* (1). Nessuna questione oggidì circa il vincolo *spirituale;* dal quale (che io sappia) non vi ha chi oggi pretenda desumere il titolo di parricidio. Ma questione gravissima si agita intorno al vincolo *giuridico*, cioè alla uccisione commessa dal figlio adottivo sul padre *adottante*.

(1) Ben giusta è la parificazione dei figli *naturali* ai legittimi, stabilita sempre in faccia alla madre, e stabilita in faccia al padre nel solo caso di riconoscimento. Ma un

commentatore del codice Sardo-Napoletano, mentre elogia l' art. 534, afferma che il medesimo ove detta l' aumento di pena contro la madre nel caso in cui uccida il figlio naturale, esclude l' aggravante nel caso di uccisione di un figlio incestuoso, od adulterino; lo che, prosegue egli, è stato prudente per distendere un velo onde non ferire la santità del costume con ricerche dalle quali aborre la morale e la coscienza pubblica. Io non capisco questa osservazione. Se la legge avesse parificato la uccisione degli *incestuosi* eseguita dalla madre a quella dei *naturali*, capirei bene che la legge dichiarando indifferente la *qualità* del figlio illegittimo, avesse *tirato un velo* su codesta ricerca. Ma quando il commentatore mi dice che la legge punisce meno nella madre la uccisione del figlio illegittimo se questi sia o incestuoso o adulterino, egli è evidente che secondo tale interpretazione la legge invece di tiraro il velo, lo ha squarciato: perchè ha posto l' accusata nello interesse e nel diritto di provare che il figlio da lei ucciso era incestuoso, onde ottenere una minorazione di pena. Con ciò sarebbe renduta più frequente la scandalosa ricerca che si asserisce essersi voluta impedire, e si sarebbe pòrto un mezzo di difesa in una vergognosa deduzione. La distinzione tra caso e caso potrà dunque essere vera in faccia alla lettera della legge; potrà anch' essere buona per altre ragioni che io non so congetturare e che mi sembrano molto difficili a rintracciare; ma sicuramente non è nè buona, nè logica per codesta ragione che se n' è data. Pare che la idea dominante a cui s' ispira la parificazione degli adottivi, e la diversificazione degli incestuosi, trovisi in una analogia coi diritti di successione. Ma cosa abbiano di comune i diritti di successione con un omicidio che non sia qualificato dal fine di succedere, ma da altra qualunque causa istantanea di sdegno, io non arrivo a comprenderlo.

Anche la giurisprudenza francese venne ripetendo che il *parricidio* nei casi di figliazione *incestuosa* e *adulterina* non poteva verificarsi. Ma ciò non dissero già i giuristi francesi per lo argomento della successione, nè per ragioni spe-

ciali al processo criminale. Lo dissero invece per una ragione d' impossibilità giuridica, in quanto la legge civile non permette la recognizione della prole viziata: Carnot *code pénal art.* 299, *n.* 12 — Chauveau et Helie *Theorie du code crim. art.* 299. Tanto è ciò vero che li stessi scrittori francesi ammisero che potesse obiettarsi l' aggravante del vincolo del sangue ancorchè il vincolo fosse viziato di adulterio e d' incesto, tutta volta che la prova della figliazione nasceva dal *fatto*, o come essi dicono, dalla *forza delle cose*. E la Corte di Cassazione nel suo decreto del 7 gennaio 1813 sanzionò la pena del parricidio contro un figlio adulterino. La differenza tra formula e formula è immensa, quantunque da taluno non siasi percepita. Altro è che per aggravare la sorte dell'uccisore di una persona apparentemente a lui estranea, si pretenda dall' accusa di giustificare con prova artificiale che quell' ucciso era il suo genitore adulterino o la sua madre incestuosa: altro è che si proclami come canone giuridico che il vincolo di sangue, quando proviene da concubito nefario, non porta aggravazione a carico dei procreati. Una regola in questa seconda guisa dettata porta alla conseguenza che non possa negarsi ad un accusato il diritto di provare a propria difesa quel vizio del vincolo, nel quale la legge abbia costituito la ragione di stornare da lui la pena capitale. Laonde ammesso cotesto principio in siffatto senso, quel figlio che abbia ucciso il padre naturale che lo aveva legittimamente riconosciuto, dovrà scusarsi dal parricidio se giustificherà che la madre anzichè la nubile asserita nella recognizione, era invece una donna maritata, o sorella del padre che lo avea riconosciuto. Lo stesso dovrà dirsi in rapporto del figlio che sia nel possesso di stato della figliazione rimpetto alla madre. Potrà dunque nei casi speciali farsi questione di ammissibilità di prova; ma non potrà mai accettarsi come assoluto canone legislativo la negazione dell' aggravante per la viziosità del concubito.

Del resto nella comune dottrina dei criminalisti mai ha prevalso codesta distinzione, che la esagerata pudicizia con-

temporanea vorrebbe introdurre. Tanto per le condizioni essenziali del parricidio *proprio*, come per quelle del parricidio *improprio*, la comune scuola si è sempre appagata del vincolo *naturale*, adoperando costantemente la parola *naturale* nel semplice contrapposto di *legittimo*. Laonde non penso siavi ragione sufficiente di dubitare in faccia alla scienza che si renda reo di parricidio tanto il figlio *naturale*, quanto lo *spurio*, lo *adulterino*, lo *incestuoso*, e il *sacrilego* che uccida lo ascendente, purchè *giustificato legalmente* tale, e come tale *conosciuto* dallo uccisore. Perlochè, salvo il rispetto al criminalista che ha scritto intorno al codice Sardo-Napoletano, io sarei per credere che anche questo avesse adoperato la parola *naturale* nel senso generale, e secondo la comune dottrina. Vedasi Carmignani *elementa* §. 945 *et* 946 — Giuliani *vol.* 2, *pag.* 248 *in fine* — Matthei *de criminibus ad lib.* 48, *tit.* 6, *n.* 3; *et ibi* Nani — Koch §. 467 — Carpzovio *quaest.* 9 — Bergero *elect. jurisprudentiae criminalis vol.* 1, *pag.* 109, 110 — ivi — *quia in crimine parricidii spectatur natura* — Lauterbach *disp.* 141, *thes.* 52 — Boehmero *elem. jurisp. crim.* §. 240 *et* 242 — Renazzi *elem. jur. crim. lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 5, §. 2, *n.* 1 — Cremani *de jure crim. lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 6, *n.* 3 — Armellini *istituz. di dir. pen.* §. 543 — Puccioni *saggio pag.* 444; e *commento al cod. pen. vol.* 4, *pag.* 414.

§. 1142.

L' Anton Mattheo (*de criminibus lib.* 48, *tit.* 6) sostenne che fosse parricidio anche la uccisione del padre adottante, sofisticando sovra alcuni frammenti relativi alla uccisione del patrono. Tristissimo sempre nelle materie penali l' argomento della analogia: pericolosa la illazione dalle materie civili alle materie pe-



nali: lubrico il fondamento delle leggi romane; fallace nel caso attuale per la inconcludenza di quei frammenti che s' invocano a sostegno della rigorosa parificazione. Onde a ragione Nani nelle note al Mattheo lo censurò; e con solidi argomenti lo confutò. E parecchi (1) altri maestri di criminale diritto insegnarono non nascere titolo di parricidio dal vincolo di adozione. Malgrado ciò alcuni codici (2) parificarono la uccisione dell' adottante alla uccisione del padre naturale. Questa enormità di rigore fu argomento di violente invettive per parte di molti criminalisti; fra i quali ricorderò Ducpetiaux (*de la peine de mort. pag.* 79 *a* 81) che ne dimostra sotto tutti gli aspetti la esorbitanza. Ciò nonostante codesta ingiusta parificazione si vide riprodotta nel codice Sardo (art. 523). È vero però che il codice Sardo ammette la scusa (art. 568) della provocazione *grave:* col che fu tolto l' assurdo rimproverato al codice Francese del 1810; sotto il quale se il padre *adottante* feriva il padre naturale dell' adottato, e per codesta provocazione il figlio lo uccideva, punivasi inesorabilmente con la pena del parricidio inabissando il vincolo di natura e la verità in una finzione giuridica.

(1) De Amoeno *de delictis et poenis pars* 3, *tit.* 7, §. 8, *n.* 23 — Harpprecht *inst. de pub. jud.* §. 6, *n.* 10 — Deciano *l. c. n.* 3 — Renazzi *l. c.* §. 2 — Menochio *de arbit. add. ad cas.* 356, *n.* 36 — Farinaccio *qu.* 120, *n.* 163 — Koch *inst.* §. 467 — Cremani *l. c. n.* 3 — Giuliani *vol.* 2, *pag.* 247. E anche là dove la legislazione vegliante aveva adottato la parificazione, fu la medesima acremente riprovata da Destrivaux (*Es-*

sais sur le code pénal pag. 117) da Bavoux (*Leçons de droit pénal pag.* 145 *et suiv.*) da Chauveau et Helie (*théorie du code pénal* §. 2382) e più recentemente dall' esimio Haus (*observations sur le projet de revision du code pénal part.* 2, *pag.* 178) ove niente lascia a desiderare in confutazione di una dottrina altrettanto assurda quanto feroce che vorrebbe rendere operativa di così esorbitanti effetti una mera finzione giuridica ed un vincolo puramente contrattuale. E Ledru-Rollin nel suo *repertorio* alla parola *parricide*, mentre ammise che anche il vincolo di adozione costituisse ragione di un aggravante, disapprovò per altro la sua equiparazione al vincolo di natura. Idea che già erasi accennata dal Poggi *loc. cit. n.* 40, e che trovasi convertita in dettato legislativo nel codice Bavaro, del 1813 all' art. 147 §. 2.

(2) Parificano la uccisione del padre e madre *adottivi* a quella dei *legittimi e naturali* il codice Francese del 1810 art. 299, che in questa parte derogò alla precedente legislazione e giurisprudenza francese: il codice Napoletano art. 348; codice Ticinese art. 245; codice Spagnolo art. 332 ed anche lo Svedese del 1864 cap. 14, §. 35. Invece esclusero la parificazione il codice Modenese del 1855 art. 350 §. 1; il Parmense art. 307; il codice Prussiano del 1851 §. 175; il codice Toscano art. 309 §. 4; il codice Belga dell' 8 aprile 1867 art. 395. Il codice del Brasile art. 16 §. 7 assimilò agli atti commessi contro gli ascendenti gli atti commessi contro i padroni e gli altri superiori.

§. 1143.

Quanto allo elemento *intenzionale*, la specialità di questo titolo di reato è notabile. Non si ammette parricidio *colposo:* ove tale infortunio avvenga rimane il titolo di *omicidio colposo*. *Parricidio* senza intenzione *determinata* di uccidere il *padre* non si riconosce nè

nella scuola nè in pratica (1). Di qui la conseguenza che lo *errore di persona* in questo titolo è sempre proficuo. Giova se si uccise il padre credendo uccidere un estraneo, perchè il parricidio manca dal lato della *intenzione*. Giova se si uccise un estraneo mentre si voleva uccidere il padre, perchè il parricidio manca dal lato del *fatto*. Di più quando anche lo errore cada non sullo *individuo* ucciso ma sul *vincolo*, che fosse per avventura ignoto allo uccisore anche per errore vincibile, sempre l' errore scusa, perchè sempre ha il carattere di *essenziale* quanto al parricidio.

(1) Weittenau *cons. crim. cons.* 20, *n.* 3; ove argomenta sulla *leg.* 1 *ad leg. Pompej. de parricid.* e sulla *leg.* 7 *ff. ad leg. Corneliam de sicariis*, e sull' art. 131 della Carolina. Boehmero (*meditat. in const. crim. Carol. art.* 131, §. 10) insegnò che non solo il titolo di *parricidio* venisse escluso quando la uccisione del genitore era avvenuta per colpa anche lata, ma eziandio quando ci era permistione di dolo, ed intenzione *indiretta* positiva; perchè il figlio avesse inteso a percuotere soltanto il genitore, e non a cagionarne la morte che poi sventuratamente seguì. Cotesta dottrina è stata insegnata anche sotto il codice Francese da Chauveau et Helie (*prima ediz. francese tom.* 5, *pag.* 173).

§. 1144.

La teorica della intenzione diretta e del dolo perfetto come estremo del parricidio, si è spinta fino al punto di negare il titolo di parricidio alla uccisione del padre commessa per *dolo d' impeto*. Si è detto che nel caso del dolo d' impeto si ha l' omicidio aggravato dal

vincolo del sangue, ma non il *parricidio*. Così Carmignani (§. 947); così Giuliani *(vol. 2, pag.* 253); così Puccioni *(saggio pag.* 445); così Paoletti *(tom.* 1, *pag.* 187); così narra Poggi *(l. c. n.* 39) essersi giudicato in più casi nella pratica toscana. Così si è opinato ancora in Germania; Pruckmann *cons.* 7, *n.* 66, *vol.* 2.

La ragione di ciò trovasi in questo che chi ferisce nell' impeto dello sdegno non pensa al vincolo, ma alla causa d' ira che gli turba la mente: non vede in quell' uomo il padre, ma un nemico. Questa teorica si è accolta dal codice Toscano che ha abolito il titolo di *parricidio*, qualificando l' omicidio soltanto per la premeditazione; ed al vincolo parentale ha dato solo la efficacia di rendere inattendibile la scusa.

Altri invece insistono che anche in mezzo alla giusta collera non deve obliarsi un così sacro dovere; ed esigono che si infligga al parricida la pena capitale quantunque eccitato alla strage dalla più veemente provocazione. E questa dottrina fu accolta dal codice Francese e dal codice Napoletano, i quali infliggono la pena di morte al parricida benchè sia stato trascinato allo eccesso da un impeto cieco di giusto sdegno, solo ammettendo la eccezione della necessaria personale difesa (1).

La prima opinione è però la più vera, perchè repugna ai principii della imputazione e delle forze del delitto lo equiparare il dolo d' impeto al dolo di proposito. Cotale parificazione è draconiana. Giusta economia di cotesta proporzione ha serbato il codice Toscano; il quale niente più occupandosi del nome di

parricidio, condanna a morte l' uccisore del padre per la premeditazione (se vi concorre) non per il vincolo. Ma poichè nell'omicidio premeditato ammette (art. 309, §. 2) le circostanze attenuanti (purchè *straordinarie)* per evadere la pena capitale; così nel parricidio premeditato valuta il vincolo del sangue per negare (art. 309 §. 4) l'ammissibilità di tale diminuzione; come nella uccisione del padre commessa per impeto ricusa (art. 310 §. 3) la minorante della provocazione.

(1) Sebbene Platone *(de legibus dialog.* 9) sembri ricusare al figlio uccisore del padre anche la eccezione del moderame della incolpata difesa, pure gli scrittori di diritto naturale sostennero doversi ammettere e generalmente la si ammette come fondata appunto sulla legge di natura, che l' amore filiale conflitta con lo istinto della propria conservazione. Onde la ragione della legittima difesa si ammise generalmente anche dai giuristi: Wernher *dissertationes juris naturalis diss.* 6, §. 10 — Menochio *de arbitr. in addit. ad cas.* 356, *n.* 47 — Deciano *cap.* 15, *n* 12 *et* 13 — Caepolla *cons. crim. cans.* 5, *n.* 26.

§. 1145.

In tal guisa il codice Toscano ha prescelto la media fra le opinioni discordi. Poichè mentre gli inesorabili vogliono punito inesorabilmente dallo estremo supplicio l' uccisore dei genitori, qualunque fosse il grado del suo dolo; altri insistono perchè si ravvisi titolo e quantità diversa nel parricidio commesso per impeto, ma non ammettono la degradante; e si ricusano ad ulteriore benignità, allegando il rispetto che è imposto

dalla stessa legge di natura verso i genitori, per cui devono tollerarsi con pazienza anche le loro violenze: ed altri infine spingono tale opinione sino ad ammettere oltre la esclusione del *titolo* per ragione dell'impeto, anche la degradante del dolo e la minorante della imputazione in una veemente provocazione. La pratica toscana aveva nel parricidio *improprio* accolta la dottrina che la provocazione facesse cessare la aggravante del vincolo del sangue. Non può essere obiettato, dicevasi, cotesto vincolo al feritore, quando l'ucciso fu primo a dimenticarlo: chi ci percuote non è un congiunto, ma un nemico che ci aggredisce. Nel conflitto di queste opinioni, il codice ha seguito, come ho detto, la media.

§. 1146.

Altra occasione di disputa sorge fra gli scrittori in proposito del *tentativo*. Molti sostennero (Matthei *ad leg. Pomp. de parric. cap.* 2, *n.* 7) che qualora il parricidio fosse rimasto frustrato dell'esito, dovesse pur sempre mantenersi il titolo di *parricidio*, e adeguarsi nella punizione al *consumato*. Si confutò cotesta dottrina dal Nani *(nota* 5). E Cremani *(l. c. n.* 5) e Giuliani *(l. c. pag.* 249) virilmente propugnarono che quando anche il figlio fosse giunto sino alla effusione del sangue paterno, e quando anche si trattasse di strage tentata per veleno, dovesse sempre irrogarsi pena minore di quella serbata alla consumazione.

La idea di fare del parricidio (come di altri delitti atrocissimi) un delitto *formale* (1) è oggidì generalmente reietta (2).

(1) Nella fluttuanza delle opinioni degli antichi dottori circa la parificazione del tentativo al consumato delitto, era stata assai comune codesta idea che si generalizzava nei delitti *atrocissimi;* fra i quali enumeravasi appunto il parricidio: Leyser *Medit. ad Pandect. spec.* 610, *th.* 14 — Berlichio *pars* 3, *concl.* 6, *n.* 50.

(2) Bergero *electa juris criminalis observat.* 123 — Damhouder *pract. rer. criminal. cap.* 187, *n.* 4 — Claro *sent. lib.* 5, §. *fin. quaest.* 90, *n.* 1 — Reusner *decis.* 21, *n.* 22 — Weittenau *cons. crim. cons.* 20, *n.* 22. E qui è da notarsi che alcuni scrittori sonosi a torto creduti avversarii della diminuzione di pena nel tentato parricidio, perchè hanno consigliato la pena *gladii.* Ma questo è un errore derivato dal non avvertire che la *poena gladii*, in faccia alla Carolina ed altre legislazioni che agli omicidii *qualificati* infliggevano la morte esasperata, era una pena diminuita inferiore alla ordinaria. Cosicchè il principio della minore quantità o della degradazione, fu rispettato anche da costoro.

§. 1147.

Inoltre il titolo del parricidio porge occasione ad una gravissima disputa relativamente alla *complicità.* Il complice o correo del figlio parricida è desso responsabile di parricidio, o soltanto di omicidio? È questa una delle più controverse applicazioni della teorica relativa alla *comunicabilità* delle qualità *personali* dell'autore di un delitto al suo complice o correo. Qui gli scrittori si dividono in due campi. Nani *(ad Mattheum)* Cremani (2, 5, 6, 6,) Legraverend (1, 133) Carnot *(instruction* 2, 574) Rossi *(lib.* 2, *cap.* 40, *n.* 5) Chauveau *(théorie chap.* 11) Hoorebecke *(complicité pag.* 208) Armellini *(questio-*

ni — fratricidio) Molènes *(pag.* 548) (1) sostengono la *non comunicabilità.* I principali argomenti loro sono — 1.° il principio di reciprocità desunto dalla non comunicazione al complice delle circostanze minoranti, che assistono l'autore principale in ragione delle sue qualità personali — 2.° il principio della violazione del dovere, poichè lo estraneo aiutando il parricida non ha violato il dovere di figlio — 3.° la repugnanza che chi ha meramente partecipato al delitto altrui sia punito più severamente, che non lo sarebbe se ne fosse stato egli medesimo l'autore. Puccioni *(Saggio pag.* 446) inclina a questa opinione, ma avverte che quasi tutti i codici moderni hanno seguitato la opinione contraria.

(1) Berner *(Elementi di diritto criminale tit.*3, §. 110) dice che l'estraneo istigatore del figlio al parricidio dev'esser punito congiuntamente, e come autore di omicidio, e come ausiliatore di parricidio, e così con pena maggiore di quella dell'omicidio, e minore di quella del parricidio: ma soggiunge che la pratica Prussiana ondeggia; e cita Hoppenoff *pag.* 272, *num.* 27 — Geib 2, 355, 356. La transazione dello illustre Professore Berlinese presuppone (come ognuno vede) che il codice vegliante punisca il complice meno dell'autor principale. E così parmi che verrebbe a sciogliere il problema nel senso più rigido — 1.° dove la pena della complicità si parifichi — 2.° quando lo estraneo non sia complice ma coautore della uccisione. In questa ultima ipotesi la Cassazione di Francia all'obietto che lo estraneo in quanto era autore della strage non era parricida, ha risposto (decreto 15 giugno 1860) che colui doveva mandarsi a morte non in quanto era *autore* di omicidio, ma in quanto era *complice* del figlio. Ma se si suppone che il fi-

glio non abbia preso parte nella consumazione e così, non possa dirsi autore, si ritorna all'assurdo notato di sopra, cioè che lo estraneo si punisca *più* quando ha fatto *meno* e si punisca *meno* quando ha fatto *più*, e più ferocemente operato alla strage del proprio simile.

§. 1148.

Carmignani (*teoria* 2, 19, 1,) Giuliani (2, 250) Molinier (*Revue critique vol.* 13, *pag.* 86) Bertauld (*Leçon* 20) Trebutien (1, 198, 199) Rauter (*traité* §. 119) vogliono invece si parifichi nella pena lo estraneo correo del figlio, e si mantenga sempre anche per il complice il titolo di *parricidio* con tutte le sue conseguenze. Essi argomentano — 1.° sulla individuità del titolo — 2.° sulla regola dei connessi — 3.° sulla osservazione che se lo estraneo non ha violato egli stesso il dovere filiale, ha però scientemente aiutato la violazione di quel dovere — 4.° sull' argomento della *leg.* 6, *et* 7 *ff. ad legem Pompejam de parricidiis* (1). La giurisprudenza delle corti di Francia sembra ferma in questa più severa dottrina: vedasi Morin *art.* 8292.

(1) Bocero (*disp. vol.* 1, *pars* 1, *pag.* 1052) riferisce che per interpretazione della Nemesi Carolina si applicava la pena del parricidio anche al semplice complice quantunque estraneo; per esempio a colui che avesse somministrato mezzi per commetterlo: Richter *velit. pag.* 808 — Lauterbach *disp.* 141, *thes.* 53. In generale la parificazione non presentò argomento di dubbio a tutti coloro che nella soluzione dei problemi di diritto criminale assunsero come

norma direttrice il testo delle leggi romane: poichè in queste la parificazione è indubitata, e letteralmente prescritta nel §. 6 *Inst. de pub. judiciis;* e nella *leg.* 6 *ff. ad leg. Pompej. de parricidiis.* Vedasi anche Mattheu et Sanz *controv.* 9.

§. 1149.

Il principio fondamentale nella teoria della complicità è che si partecipa al *fatto:* e che per conseguenza la complicità è *reale* e non *personale.* Questo principio è inconcusso e si riconosce da tutti. Ma la divergenza nasce nell' applicazione del principio. Cade cioè sullo stabilire se la qualità di *figlio* nel parricidio debba considerarsi come circostanza *reale,* o meramente *personale.* Per sostenere la comunicazione bisogna dimostrare che la qualità di figlio assume nel *parricidio* il carattere di circostanza *reale.* Ciò si dimostra intuitivamente in quei titoli di delitto nei quali la circostanza aggravante si desume da una condizione *materiale* del fatto, come lo scasso, o la violenza nel furto. Ciò si può dimostrare in quei casi nei quali la qualità personale *dà la essenza* della criminosità al reato, come lo incesto, la deserzione, la corruzione. Ciò si può anche dimostrare in quei delitti dove le qualità personali hanno *agevolato la esecuzione,* ed hanno così servito di *mezzo* al delitto, come nel famulato. Ma a me pare assai difficile che possa attribuirsi il carattere di circostanza *reale* alla qualità di figlio, che non si è estrinsecata in nessuno movimento dell' azione; che non ha dato la essenza al reato, la quale si sostanzia nella uccisione, e che solo per una

accidentalità dalla scuola ha ricevuto un nome speciale; e che in niente agevolò la esecuzione del reato.

§. 1150.

La questione muta forma in faccia al codice Toscano del 1853 il quale, reietto il titolo di parricidio, si limita a negare la scusa della provocazione (art. 310 §. 3) o delle attenuanti (art. 309 §. 4) nel caso di ferimento od uccisione di un ascendente. Comunicata fra i partecipi la qualità personale si viene a questo: che se io sono aggredito e violentato da alcuno mentre io mi trovo in compagnia del figlio di costui, e concitato dallo sdegno do mano al coltello, ove al mio sdegno si unisca il compagno mio, e brandisca ei pure il coltello contro il mio percussore dimenticando nell' affetto dell' amicizia il dovere di figlio, la mia provocazione e la scusa che ne deriva dipenderanno da un giuoco di sorte. Se il coltello che ferì l' aggressore nel cuore fu il mio, e il coltello del mio compagno non fece che leggermente ferire, io uccisore godrò il benefizio della scusa. Ma se invece il mio coltello non fece che leggermente ferire, e il coltello del mio compagno fu micidiale, io feritore, ove sia tenuto complice del mio compagno o coautore con lui non sarò più in modo alcuno scusabile. Nella contestualità del medesimo atto criminoso si dirà scusabile il fatto più grave di avere ucciso, e non scusabile il fatto più lieve di avere facilitato la uccisione eseguita da altri. Ciò pare a me che repugni al senso morale pratico.

Del resto già mi occupai di tale questione nelle mie *lezioni sulla complicità* (5. edizione da pag. 230 a 254); e solo aggiungerò una osservazione. Ammesso che la soluzione di questo problema dipenda dal definire se l' *autore* della uccisione fu il figlio o l' estraneo, viene a sorgere la ulteriore occasione di fluttuanza nel caso speciale del *mandato* dato dal figlio allo estraneo di uccidere il padre: potendo la soluzione di questa specialità variare secondo che i codici veglianti riconoscono nello instigatore un mero *complice* dell' omicida, o piuttosto un *autore*. Ed ecco anche una volta come le questioni dei *nomi* che si fanno nelle scuole possono essere feconde in pratica dei più serii risultamenti (1).

(1) La questione se nel caso del figlio che abbia dato mandato ad estraneo di uccidere il padre, debba applicarsi all' uno od all' altro la pena del parricidio fu esaminata in termini anche dai vecchi pratici. Fu risoluta nel senso più mite dal Bartolo in *l. utrum ad legem Pompejam de parricidiis* mercè la formula *spectandam esse qualitatem facientis non mandantis*. E parimente dal Baldo *in l. non ideo C. de accusat.* mercè la formula *puniri mandantem secundum fictionem, facientem secundum veritatem.*

§. 1151.

Resta finalmente ad esaminarsi la questione relativa al caso del figlio che abbia istigato il proprio genitore a suicidarsi, o coadiuvato scientemente al suicidio del padre. Ma la soluzione di questo caso speciale esige, che si risalga un momento alla nozione del titolo di *suicidio* (1). Si vedano ancora i §§. 1407 e 1408.

(1) Bibliografia — Cromaziano *istoria critica e filosofica del suicidio* — Farinaccio *quaest.* 128, *tit.* 14 — Richter *velit. pag.* 809 *et seqq.* — Godefroy *Comment. sur la coutûme de Normandie tom.* 1, *pag.* 33, 220, 411, 413, 414 — Henry *Oeuvres vol.* 4, *pag.* 128: *et ibi* Bretonnier — Kemmerich *Synopsis juris criminalis tit.* 3, *pag.* 34 — Meister *Elementa juris criminalis* §. 117, *pag.* 67 — Vouglans *Leggi criminali tit.* 3, §. 6 — Hommel *Rapsodiae observat.* 127 — Boehmert *diss. volenti fit injuria* — Lauterbach *disp.* 85, *cap.* 2, *thes.* 8 — Baumaver *diss. doctrina philosophorum de morte voluntaria* — Baumaver *diss. juridica de morte voluntaria* — Van Hasselt *diss. de autochiria* — Emmen *diss. de suicidio* — Pillwitz *diss. de animi ad autochiriam persuasione* — Boehmero *Elem. jur. crim. cap.* 21: *et med. in C. C. C. art.* 135 — Kock *inst. jur. crim. lib.* 2, *cap.* 37 — Cremani *de jure crim. lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 9 — Fabius *diss. de autocheiria* — Paoletti *inst. theor. pract. crim. lib.* 3, *tit.* 17 — Poggi *elem. jurisprud. crim. lib.* 3, *cap.* 3, *n.* 26 *et seqq.* — Carmignani *elem.* §. 970 — Giuliani *istit. vol.* 1, *pag.* 249 *a* 256 — Gandolfi *del suicidio* — Pessina *trattato di penalità speciale pag.* 15 — Bolsmont *du suicide.*

§. 1152.

Reiette le aberrazioni della falsa filosofia e delle mendaci religioni (1) non più oggi si pone in dubbio che il *suicidio (autochiria, propricidio)* sia un atto riprovevole e vietato dalla legge naturale, anzichè il sognato esercizio di un umano diritto. Neppure può controvertersi che la uccisione di un uomo, benchè proveniente dalla sua stessa mano non sia cosa feconda di danno politico, sì per la perdita che incontra la so-

cietà di quel cittadino, sì per il mal esempio che induce; onde è a temersi per la natura imitatrice dell'uomo, che il propricidio si ripeta e si renda frequente, con grave sospetto e dolore delle famiglie e detrimento della prosperità nazionale. Sicchè a prima giunta sembrerebbe doversi non solo ammettere, ma consigliare la imputabilità (2) politica del suicidio come delitto speciale.

(1) Furonvi però anche fra i pagani molte genti e molti filosofi, appo cui si tenne come atto illecito il suicidio. Lo riprovò Platone nel *Fedone:* lo riprovò Pitagora, secondo ciò che attesta Cicerone *in Catonem;* e Cicerone stesso nel sogno di Scipione. Fra gli scrittori cristiani l'avversione contro il suicidio prese talvolta proporzioni esagerate. È singolare (a modo di esempio) la opinione riportata dal Richter *(velit. pag.* 809 *et seqq.)* e da lui sostenuta come vera, che il suicida sia più colpevole dell'omicida. Egli dice che essendo lecito uccidere altri per difendere la nostra vita, chiaro ne emerge che è maggiore colpa lasciarsi uccidere che uccidere. Pare a me che l'argomento non sia tanto chiaro, e pecchi del sofisma di confondere la permissione col comando; e d'altronde l'argomento prova troppo, perchè conduce alla riprovazione del martirio. E quantunque il Carpzovio *(pract. pars* 1, *quaest.* 28, *n.* 10 *et* 11) parlando di colui che potendo salvare sè con uccidere l'assassino, preferisce lasciarsi uccidere, dica che commette peccato; io mi permetto di dubitare dell'autorità del Carpzovio come teologo.

(2) Singolare è l'argomento col quale il Ferrão *(theoria do direito penal vol.* 7, *pag.* 44) confuta la dottrina che presume un momento di alienazione mentale nel suicida. Questo (egli dice) è un errore. Lo istinto della conservazione è animale: i bruti non si suicidano: i viaggiatori ci ac-

certano che nelle tribù selvagge è sconosciuto il suicidio: le statistiche ci dimostrano rarissimo il suicidio nei minorenni e nei decrepiti. Dunque il suicidio non è conseguente ad un difetto di ragione: è al contrario un effetto della ragione umana, nasce e progredisce con lei. Non meno sottile è l'argomento con cui risponde (*pag.* 46) all'obietto di non potere infliggere pene ad un morto. Voi siete illogici egli dice. Al soldato che incontrò la morte assalendo le trinciere nemiche voi decretate la gloria: se potete premiare un morto dovete ancora poterlo punire. Se decretate quella gloria e quelle medaglie distribuite ad un cadavere per incoraggire gli altri ad imitarlo, dovete decretare la infamia contro il suicida per allontanare gli altri dal seguirne lo esempio a danno lagrimevole della società. Questo scrittore non si spinge peraltro fino al punto di volere che si istituisca un regolare giudizio contro il suicida: anzi protesta solennemente contro qualsiasi forma giudiciaria, e propone ad esemplo l'art. 585 dell'antico codice Sardo che dichiarava vile il suicida, ne stracciava il testamento, e lo privava di ogni pompa funebre. Ma sostenere che un fatto sia *delitto* e negare il giudizio, a me sembra contradittorio; e una pena irrogata dall'autorità amministrativa senza decreto di giudice è un solecismo in un codice penale. Ciò poi che più ferisce l'animo in cotesto ragionamento si è il vedere che lo illustre criminalista portoghese quando passa a considerare il tentato suicidio si pronuncia risolutamente per la sua impunità per la ragione palpabile di non spingere quel disgraziato a rinnovare l'atto disperato. Ed anco una volta io ripeto che se è delitto il consumato dev'essere delitto il tentato. La legge giuridica non ammette transazioni empiriche.

§. 1153.

Sedotti da questi pensieri alcuni legislatori dettarono sanzioni (1) contro il suicidio, e nella scuola si no-

verò cotesto atto fra i veri e proprii delitti. Onde per la impossibilità di colpire colui che si era di propria mano tolta la vita si venne ad infierire contro il suo cadavere o contro il suo patrimonio. Dettati furono questi o spietati od ingiusti. Fu barbarie maltrattare un cadavere, e contrario alla pietà verso i defunti la quale ogni popolo culto religiosamente conserva. Furono ingiuste le confische del patrimonio (2) del suicida per l' aberrazione di cotesta pena, la quale feriva l' innocente famiglia, aggiungendo la miseria al doloroso infortunio che l' aveva percossa.

(1) Vedasi Saint-Edme *Dictionnaire de la pénalité, môt suicide.*

(2) Non è vero che i Romani punissero il suicidio. Questo errore comune ripetuto anche modernamente da insigni criminalisti, fra i quali mi ha sorpreso trovarvi il Pessina (*trattato delle penalità speciali pag.* 16) è figlio di una equivocata intelligenza di un frammento di Marciano: *leg.* 3, *ff. de bonis eorum qui ante sententiam sibi mortem consciverunt.* La confisca dei beni, della quale si è creduto che i Romani colpissero il suicidio, non fu altrimenti indotta mai appo quel popolo come pena speciale del suicidio medesimo. Era la confisca dei beni comminata contro diversi delitti, e coloro che in flagranza di tali delitti venivano sorpresi, o dei delitti stessi accusati, spesso disperati si uccidevano onde sottrarre al fisco il loro patrimonio e serbarlo alla famiglia. A questa frode contro il fisco si provvide decretando che il patrimonio di tali suicidi non passasse agli eredi, ma si devolvesse al fisco. Dal che apparisce che nessuna pena i Romani infliggevano al suicida, e soltanto avevano stabilito che il suicidio non dovesse tornare utile al colpevole per sottrarsi dalla pena patrimoniale. Non ammette disputa siffatto concetto in faccia alla lettera

di quel frammento — *Qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non vindicentur: non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit; ergo aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi, ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur.* E tanto è ciò positivo che lo stesso giureconsulto prosegue a notare doversi il patrimonio lasciare libero agli eredi tuttavolta che colui il quale si suicidava dopo la sorpresa in flagrante o dopo l' accusa, era o sorpreso o accusato per tal delitto che per sè medesimo non portasse la confisca dei beni: §. 3 — ivi — *Ergo ita demum dicendum est bona ejus qui manus sibi intulit, fisco vindicari, si eo crimine nexus fuit, ut si convinceretur, bonis careat.* Che anzi la confisca dei beni in cotesti casi essendo irrogata per una presunzione di reità, si proclamò che tale presunzione fosse *juris tantum*, e cedesse alla prova contraria; onde si ammise che lo erede del suicida potesse, chiarendolo innocente del delitto per cui pendeva l' accusa, ricuperare dal fisco il suo patrimonio: §. 8 — ivi — *Si parati sint heredes defensiones suscipere, non esse bona publicanda, nisi de crimine fuerit probatum.*

E non è esatto ciò che il lodato scrittore prosegue a dire, che a colui che si era ucciso *impatientia doloris aut taedio vitae* si concedesse un *attenuamento di pena.* No, non si puniva niente affatto. Il citato frammento non parla di pena minorata, ma recisamente di cessazione di pena: §. 4 — ivi — *Si quis autem taedio vitae, vel impatientia doloris alicujus, vel alio modo vitam finierit, successorem habere Divus Antoninus rescripsit.* Nè a pensare diversamente autorizzano le parole della *leg.* 6 §. 7 *ff. de re militari* — ivi — *non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur;* perocchè la frase *non animadvertatur* esclude qualunque irrogazione di pena; e la successiva frase *ignominia mittatur*, non significa già che si debba decretare la infamia (lo che sarebbe una contradizione aperta col

non animadvertere) ma che si lasci impunito sotto il peso della pubblica riprovazione. Non può credersi altrimenti, poichè questo frammento parifica il caso del suicida per intolleranza dei dolore, al caso del suicida per pazzia. Onde sarebbe assurdo il supporre che il giureconsulto romano avesse concepito la idea di una punizione per quanto attenuata da infliggersi contro un pazzo. Vedasi Gomez *de delict. cap.* 1, *n.* 80; *et cap.* 3, *n.* 13 — Deciano *lib.* 9, *cap.* 4 — Azevedo *Commentar. constitut. Hisp. lib.* 8, *tit.* 23, *vol.* 5, *pag.* 353 — Albers *dissert. in l.* 3. *ff. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt.*

Disposizioni eguali alla citata *leg.* 3 *ff. l. c.* regolarono lo impero germanico dopo la constituzione Carolina, come bene dimostra Boehmero nella sua *meditazione* all' *art.* 135.

§. 1154.

Malgrado ciò, la imputabilità del suicidio consumato formò anche recentemente argomento di grave disputa; non sotto il punto di vista della convenienza politica, ma sotto quello del diritto astratto di imputarlo. Stubel sostenne la non imputabilità sotto l' ombra del principio generale *volenti non fit injuria:* lo confutarono Hepp; ed altri. La disputa si volle risolvere con la distinzione fra diritti nativi *alienabili,* e diritti nativi *inalienabili;* fra i quali, se ve ne ha, deve certamente noverarsi la vita. Ma qui nuovamente tornò a disputarsi sulla ragione di tale inalienabilità, cercandola alcuni nei doveri che ha l' uomo verso sè stesso, altri nei doveri che ha verso i suoi simili: cosicchè secondo il modo di vedere di questi ultimi, così il suicidio come l' omicidio di un consenziente, non sarebbero a guardarsi come lesioni del diritto che aveva

alla vita l'ucciso; ma come lesioni del diritto che avevano gli altri alla vita di lui. È per altro rischioso correre su questa linea, perchè stabilito come principio, che la società abbia un diritto sulla conservazione della mia vita anche a malgrado mio, ne scenderebbe inevitabile la conseguenza del diritto nella società di punire la intemperanza; ed anche la stessa emigrazione. Per la quale osservazione il Boehmert concluse che il suicidio o il consenso alla propria uccisione, quantunque peccato gravissimo, non potesse giammai dichiararsi delitto (1).

(1) Fra i più moderni che abbiano sostenuto la punibilità del suicidio possono notarsi Carpentier *legislation comparée tom. 2, pag. 258* — Corne *des quelques reformes pénales pag. 24* — Morin *dictionnaire, mot suicide*. Il codice del Perù dell' anno 1836 all' art. 519 sembra aver punito il tentativo di suicidio: ma poichè la pena che minaccia non è altro che la detenzione da un mese ad un anno in uno spedale sotto la vigilanza di un medico, pare a me che non siamo nei termini di vera punizione, ma di una cura coatta suggerita da un provvedimento paterno. L'argomento più seducente che si spenda dai sostenitori della punizione si trae dal *mal' esempio*, osservando che vi sono dei periodi nella storia dei popoli nei quali il suicidio sembra divenire contagioso; dal che ne deducono la necessità di una repressione, guardando così la oggettività del reato non nella vita che l'uomo toglie a sè stesso ma nello incitamento che uccidendosi vien dato agli altri a fare altrettanto. Voltaire *(dictionnaire philosophique mot suicide)* declinò questa argomentazione con negare il fatto; ma le statistiche ne dimostrano pur troppo la verità. L'argomento è però falso in radice per lo scambio che fa del danno mediato con lo immediato. Ad ogni modo questa consi-

derazione può autorizzare a ricorrere a dei mezzi morali e non già ad una vera e propria punizione. È celebre l' ordine del giorno pubblicato da Napoleone I all' occasione che un granatiere della guardia erasi suicidato per disperazione amorosa. *Il soldato Francese* (diceva l' Imperatore) *deve mostrare altrettanto coraggio per affrontare i mali e i dolori della vita quanto ne mostra per affrontare la mitraglia di una batteria. Chi si suicida è un codardo: è un soldato che deserta il campo di battaglia prima della vittoria.* Ma Napoleone I non ordinò già che si facesse ludibrio del cadavere dello infelice granatiere; nè credette opportuno di rinnuovare la celebre legge di Mileto. Quell' ordine del giorno bastò al suo scopo. Le leggi Inglesi conservano tuttora il giudizio e la punizione contro il suicida; ma i giurati rendono vano il primo ed evitano la seconda dichiarando che il suicida agì sotto un eccesso di furore. Conclude elegantemente il Mellio (*institutiones juris criminalis Lusitani tit.* 1, §. 23) *Hoc delictum impune est vel quia auctor potestati humanae jam non subditur, vel quia quem propriae vitae, uxoris et cognatorum amor ab eo parando non deterret minus deterrere potest poena post mortem inflicta.*

§. 1155.

Checchè si voglia pensare di queste sottili dispute che risalgono alla somma ragione filosofica del diritto penale, io penso che a togliere il suicidio dal novero dei delitti basti la sola considerazione della convenienza politica. La impotenza di irrogare contro il cadavere una pena che non abbia del barbaro o dell' ingiusto: la commiserazione verso la famiglia già troppo afflitta e avvilita: la inutilità di rafforzare con la esemplarità di una pena l' amore della propria vita bastan-

temente radicato in noi dalla natura; sono considerazioni che a tutta ragione persuasero molti legislatori contemporanei a passare sotto silenzio cotesto fatto; e conseguentemente a non elevarlo alla condizione di delitto. Che se alcune di coteste ragioni non avrebbero ricorso nel caso in cui il suicidio, anzichè essere consumato, fosse semplicemente tentato; sottentrò in cotesto caso lo ulteriore riguardo di umanità e di prudenza, per la quale si avvertì che col minacciare una pena si aggiungeva un nuovo motivo di uccidersi a colui che già tanti ne aveva da aver tentato la propria strage. Laonde generalmente il titolo di *suicidio*, così *consumato* come *tentato*, non più si novera oggidì nella serie dei delitti (1); e si ricovera all' ombra della presunzione di furore.

(1) Anche qui mi duole di non potere dividere la opinione del mio rispettabile collega Pessina, il quale al luogo citato (*pag.* 17) sostiene che il *tentato suicidio* debba punirsi con pari pena di quella del *tentato omicidio*, anche in faccia a quei codici i quali non hanno parlato nè punto nè poco nè di suicidio consumato, nè di suicidio tentato. Secondo lui chi attentò alla propria vita senza riuscire ad uccidersi, attentò un *omicidio*, e ricade sotto la pena generalmente sancita al tentato omicidio; nè ciò (soggiunge egli) *è una induzione analogica, ma pura deduzione sillogistica dal genere alla specie*. Cotesto argomento a me sembra difettoso nella sua base, poichè tengo col Boehmert e con altri, che il *suicidio* sia una *specie* diversa non compresa nel *genere* dell' *omicidio*. D' altronde sarebbe esorbitante cotesta dottrina, per la quale (a modo di esempio) nella Francia dove l' omicidio si punisce di morte, e il tentativo alla pari del consumato, si verrebbe per cotesta de-

duzione sillogistica a condannare a morte quel disgraziato che inutilmente avesse tentato la propria strage; e così il carnefice finirebbe di consumare l'atto inviso alla legge.

Non hanno esitato a risolvere la questione nel senso che io sostengo tutti gli scrittori che hanno preso a considerarla nel caso analogo della partecipazione al suicidio altrui, in quei luoghi dove la legislazione vegliante non contempla appositamente questo caso speciale. **Mittermaier**, **Nypels**, **Helie**, **Trebutien**, **Hoorebecke** insegnarono (ed insegnarono benissimo, come più abbasso vedremo) che nella mancanza di un articolo speciale del codice, il partecipante al suicidio altrui non potesse farsi ricadere sotto la punizione generale della complicità, per la ragione perentoria che il suicidio *non è delitto*. La decisione non può essere difforme per parità di ragione nella ipotesi del tentativo. Si obiettò che la Cassazione di Francia 16 novembre 1827, e 23 giugno 1838 dichiarò punibile come omicida l'uccisore del consenziente per la doppia ragione che fra le scuse dell'omicidio non vi è il consenso della vittima, e che l'omicidio è un delitto di azione pubblica nel quale la remissione dell'offeso non giova. Ma questi giudicati non danno appoggio veruno a chi voglia argomentarne la punibilità dello ajuto al suicidio sotto quei codici che non contemplano questo fatto speciale sostanzialmente diverso dall'altro. L'*omicidio convenzionale* non è un suicidio. Lo sarà in un certo senso rispetto a colui che si è lasciato uccidere e che così sarà suicida nella *volontà:* ma rispetto all'*uccisore* ed all'*atto materiale* non è nè quello un suicida, nè questo un suicidio.

§. 1156.

Ma accettata la regola che il suicidio non fosse delitto si veniva ad una conseguenza che non era da ammettersi. Coloro che o per malignità, o per inte-

resse, o per malintesa misericordia, davano aiuto al suicida nell'opera disperata, non più venivano a cadere sotto la generale nozione della *complicità*, nè sotto le relative sanzioni penali. Fu per ciò che la corte di Cassazione di Francia con decreto del dì 27 aprile 1815 giudicò doversi assolvere una moglie che aveva somministrato scientemente al marito uno stile con cui si era suicidato: vedasi Blanche *deuxiéme étude. sur le code pénal pag.* 64. È evidente che non può dirsi *complice* di delitto, chi ha partecipato in un fatto che non è dichiarato delitto: e tanto è vero questo nesso logico, che quelli scrittori i quali hanno sostenuto la imputabilità del suicida per il principio della mancanza di diritto nella società, sono venuti diritti a cotale conseguenza di negare la punibilità ancora del terzo che abbia aiutato al suicida, e persino della uccisione di un consenziente (1). Di qui la necessità, che la moderna scuola creasse un nuovo titolo di reato, cioè il titolo speciale di *partecipazione all' altrui suicidio.* Necessità che fu sentita dai migliori codici contemporanei, ed anche dal codice Toscano all' articolo 314 (2).

(1) La presunzione di alterazione mentale non assiste per fermo coloro che partecipano al suicidio altrui: onde non può sorgere dubbio sulla loro imputabilità. Malgrado ciò Mittermaier, in una recente dissertazione da lui pubblicata su questo argomento, ha mostrato di propendere per la opinione che fosse più conveniente preterire da qualunque punizione contro il partecipe al suicidio. Egli poi sostiene recisamente non doversi per modo alcuno perseguitare il partecipe al suicidio rimasto semplicemente tentato: e in questa

parte io sono interamente d'accordo con lo illustre professore. In quanto alla partecipazione al suicidio consumato, il Mittermaier si parte da una analisi dei diversi motivi che possono avere indotto il partecipe; come per esempio la pietà e il desiderio di salvare l'onore di una famiglia. Considera ancora quanto sia pericoloso perseguitare la sola istigazione al suicidio; per la difficoltà di stabilire il vero grado d'influenza efficace della istigazione sopra un fatto che deve avere avuto potentissimi motivi autogenei nell'animo di chi inveiva contro sè stesso. Malgrado queste acutissime osservazioni, che rendono doverosa in pratica una grande cautela e una grande misura nella applicazione di cotesta penalità, parmi che vi possano essere dei casi nei quali risultando da un lato positiva la influenza, risultando dall'altro lato evidente la malignità dello intendimento, sarebbe pericoloso lasciare del tutto impunito colui che a sfogare una feroce vendetta, o per lucrare una successione, avesse usato il perfido mezzo di indurre altri al disperato pensiero di uccidersi. Altra elegante questione cade intorno a decidere se possa accettarsi la punibilità di una partecipazione *colposa* al suicidio altrui. Il codice Annamita consacrò alla configurazione di simili casi la sez. 18 del lib. 3 per intero. È notabile che esso spinge la pena in alcuni casi fino alla decapitazione; per esempio se alcuno avendo sedotto una fanciulla questa pel dolore dell'onta patita siasi suicidata. Sotto il punto di vista scientifico genera in tale problema imbarazzo l'obietto che non volendo punire come delitto il suicidio, il partecipe che si suppone tale per mera colpa resterebbe una figura isolata ed in ciò si trovano due ostacoli: quello di un complice senza autor principale e quello di una complicità colposa. Ma ho gia parecchie volte avvertito che nei fatti colposi colui che per la imprudenza diede causa ad una lesione del diritto consumata da altri o colposamente o senza propria responsabilità, non può tenersi a calcolo sotto il rimprovero di complicità colposa. Niente però repugna che si proclami la responsabilità

di lui come autore colposo di un fatto sui generis il quale sia stato causa di una offesa al diritto. Rettificata cotesta idea tutte le difficoltà spariscono. Nel modo stesso che non si è trovata repugnanza in parecchi codici a punire il *partecipe volontario* del suicidio altrui come *autore di un fatto doloso* speciale, così non vi è repugnanza nel punire chi per grave *colpa* fu causa del suicidio altrui come *autore di un fatto colposo* speciale. Chi vi impone che dobbiate a costui dare il nome di *complice?* Guardate il fatto suo personale isolatamente: e se vi trovate elemento di politica imputabilità punitelo per sè stesso come fate negli ausiliatori del figlio e della moglie a rubare in famiglia, ed in generale di tutti coloro che si mescolino in un delitto il cui atto consumativo siasi eseguito da un pazzo, da un infante, o simili.

(2) Il progetto di codice della Luisiana commesso a Eduardo Livingston per decreto degli stati Generali del 13 febbrajo 1821 e che fu sollecitamente formato da quello eminente criminalista e pubblicato per le critiche in virtù di altro decreto del 21 marzo 1822, fu uno dei primi che (all' art. 548) ponesse come titolo speciale di delitto *sui generis* lo ajuto prestato al suicidio altrui, minacciando i lavori forzati da tre a sei anni: Livingston *a Sistem of penal law pag.* 450. Il codice Toscano all'art. 314 punisce la partecipazione al suicidio con la casa di forza da 3 ai 7 anni. Perlochè la pena dell' ausiliatore in un omicidio, anche scompagnato da *premeditazione*, potendo secondo lo stesso codice (art. 56 lett. c.) estendersi anche a 8 anni di casa di forza; evidente risulta che il legislatore toscano ha guardato con occhio più benigno l' ausiliatore al suicidio che non l' ausiliatore all' omicidio. Uguale modo di vedere trovasi nel progetto del codice Portoghese, il quale all'art. 186 punisce l' ausilio o instigazione al *suicidio* con la *reclusione* di prima classe, che è quanto dire con pena correzionale di un massimo di tre anni: mentre punisce la *uccisione del consenziente* con la *prigionia di 3.ª classe*,

che è quanto dire con pena di alto criminale con un massimo di 9 anni: e punisce poi l'omicidio con la prigione *di* 1.ª *classe*, cioè prigione perpetua o a tempo indeterminato. Uguale modo di vedere sembra ispirasse il codice Spagnolo del 1848, il quale all' art. 305 punisce l'uccisore del consenziente meno dell'omicida ordinario; e il partecipe dell'altrui suicidio anche meno dell' uccisore del consenziente. Lo stesso dicasi del codice di Baden §. 207 e 208. Questo pensiero di ravvisare nel *consenso* della vittima una diminuente della *quantità* del delitto, rivela la dominazione della idea che nell' omicidio considera prevalente la lesione del diritto individuale alla lesione del diritto sociale.

Ma in faccia al codice Toscano il quale (art. 49 lett. b) parifica lo *instigatore* all' *autore*, potrà forse elevarsi il dubbio se sotto la formula *partecipe*, usata all' art. 314, si debba includere il caso dello *instigatore al suicidio*. Il Puccioni commentando questo articolo ha parificato i due casi ma senza discutere la questione. Del resto non occorre notare che non può dirsi *partecipe al suicidio* colui che maliziosamente abbia indotto la vittima a fare tali atti che le procurassero la morte, quando essa non conosceva e voleva cotesti effetti. Non è *suicida* in senso legale chiunque si procura la morte, ma chiunque se la procura volontariamente. Non si ammette, come bene avverte il Boehmero, nè suicidio *preterintenzionale*, nè suicidio *colposo*; il terzo che n'è maliziosamente cagione, è un vero omicida. Tale almeno è la nostra opinione; quantunque il Puccioni sembri pensare diversamente quando parifica al *partecipe* dell' altrui suicidio colui che con maliziosi raggiri abbia condotto altri alla *alienazione mentale* che lo ha spinto ad uccidersi. Questo nostro modo di vedere si ricongiunge con quanto in ordine ai *mezzi morali* accennammo di sopra (§. 1087 nota 2) e con quanto diremo quando tratteremo della lesione personale.

§. 1157.

Secondo questa odierna dottrina il titolo speciale di partecipazione al suicidio altrui (sempre distinto dal titolo di uccisione (1) del *consenziente)* non è più un vero e proprio *omicidio*. È un titolo di delitto *sui generis*. E come tale fa sorgere in faccia al nostro diritto costituito la elegante questione: se l' art. 314 possa o no applicarsi al caso di chi abbia partecipato ad un suicidio semplicemente *tentato*. La regola generale e costante, che non ammette tentativo di complicità, resta qui oziosa, una volta che si riconosce non punirsi il partecipe al suicidio come *complice* del delitto altrui, ma come *autore* di un delitto *di per sè stante*. Ma poichè l' art. 314 suppone come condizione della punibilità il suicidio consumato, cotesta condizione (e così l' applicabilità dell' articolo) manca per fermo quando il suicidio non avvenne. Nè può dirsi che la regola generale sulla punibilità del tentativo investa tutti i casi. Ciò non si nega: ma considerato il fatto della partecipazione al suicidio come un delitto speciale, la obiettata massima porterebbe a punire il tentativo di partecipazione al suicidio avvenuto: non mai a punire una partecipazione consumata in un tentativo di suicidio. A questo non varrebbe nè la logica nè l' analogia (2).

(1) Il codice Toscano non ha in alcun luogo previsto la specialità della *uccisione del consenziente*. Ma non è per questo che la uccisione del consenziente, od anche la uc-

cisione di un uomo che deierminato di proprio moto a suicidarsi non ne abbia il coraggio e preghi altri di così tristo servigio, debba rimanere impuniia. No, tale azione rientra nella generale nozione dell' omicidio. È un vero omicidio, e legiitimamente si punirà come tale, non già (come erroneamente disse il Frühwald) perchè cada sotto il titolo di *correità* in omicidio: ma perchè direttamente cade sotto titolo di omicidio, come esattamenie avvertirono Herbst ed Heffter. Lo uccisore del consenziente è il vero e proprio *autore* della uccisione, ed antore *volontario*, a differenza di chi aiuta al snicidio altrui; il quale non fa che degli atti preparatorii. Nel primo caso lo estinto era nel fatio criminoso un mero soggetto *passivo*: nel secondo caso era un vero soggetto *attivo primario* dell' azione micidiale. Parmi però che dovesse sparire questa disiinzione, quando risultasse che il suicida era affetto non da quel furore presunto che la legge suppone per non punirlo; ma da vera e propria alienazione mentale che a lui togliesse la coscienza di suicidarsi. In quesii termini la mancanza di volontà nel snicidato non permetie ch' ei possa chiamarsi soggetto attivo primario del snicidio. Ne sarebbe il soggetto passivo, ed il soggetto attivo *secondario* nel tempo stesso. Non sarebbe che un cieco strumento inresponsabile, come la spada e la pistola in mano dell' altro; e tutta la responsabilità di *autore* ricadrebbe sopra coiui che volontariamente mise in moto cotesto cieco stromento: nè più nè meno che sarebbe autore di omicidio chi malignamente lanciasse un cane idrofobo sopra il nemico a fine di dargli morte. Il codice Portoghese del 1852 all' art. 354 distinse rettamente i due casi, e mentre punì l' ajuto al suicidio con la prigione correzionale, minacciò la deportazione perpetua contro la uccisione del consenziente.

Del resto è cosa difficilissima e piena di pericolo il distinguere in certi casi pratici la nccisione del consenziente dallo aiuto al suicidio; e lo stesso insigne Mittermaier non si è liberato da qualche confusione in codesta delimi-

tazione. Per giudicare con un criterio sicuro e costante siffatta differenziale, bisogna tenersi stretti ai principii della scuola ontologica. Autore dell' omicidio è colui *che ha volontariamente eseguito l' atto consumativo della strage*. Stiamo aderenti a questo canone. Due amanti deliberati alla comune uccisione prendono ciascun di loro una pistola. L'uomo volge la sua contro la donna, la donna volge la sua contro l' uomo. Partono le botte, quella dell' uomo uccide la fanciulla; quella della donna non colpisce l' amante o leggermente ne sfiora le membra. Questo amante superstite voi potrete giudicarlo con tutta la mitezza possibile, ma sarà sempre *autore* di omicidio, benchè caduto sopra persona consenziente alla propria morte. Due altri amanti deliberano del pari di uccidersi col mezzo del veleno, o della asfissìa per carbone. L' uomo ha preparato i due nappi avvelenati, o il braciere nella camera destinata all' amplesso ferale. Viene la donna, e di sua mano prende il nappo a lei destinato, e ne beve il contenuto; o si corica da lato all' amante nell' atmosfera mefitica. La donna perisce: l' uomo è fortunatamente soccorso e salvato. Voi potrete obiettare a questo uomo la partecipazione all' altrui suicidio, ma non potrete mai obiettargli di essere autore di omicidio. La donna volontariamente prese il nappo di sua mano e trangugiò la porzione micidiale: la donna volontariamente si coricò nell' atmosfera mefitica. L' uno o l' altro atto essa fece, consapevole dell' effetto a cui correva incontro, e per fine di torre la vita al suo corpo. Tutta intera la sua personalità concorse all' atto: l' anima che deliberò e volle; il corpo che eseguì l' atto consumativo della strage. Essa è l' autrice della propria uccisione, l' amante non è che un partecipe o per preparazione o per consiglio. E se il codice che governa il paese prevede il caso dell' omicidio, ma non prevede la partecipanza al suicidio, il primo amante dovrà punirsi; non potrà senza arbitrio ed ingiustizia punirsi l' amante nelle due ipotesi del secondo caso.

(2) Noi crediamo che anche il Puccioni, quantunque (*vol. 4, pag.* 500) egli sembri affermare il contrario, la pensi così: perchè confrontando con la proposizione che afferma le ragioni che adduce, ci pare evidente essere caduto in quella pagina un errore di stampa consistente nella soppressione della negativa. Opinando altrimenti si cadrebbe nell'assurdo che (non potendo applicarsi la regola del tentativo all'art. 314, perchè il fatto *unico criminoso*, cioè la partecipazione, fu *consumato*) si adeguerebbe nella pena al partecipe nel suicidio consumato il partecipe nel suicidio solamente tentato.

§. 1158.

Laonde tenuto fermo il principio che il suicidio non sia delitto, e che la partecipazione al suicidio altrui sia un delitto *sui generis*, se ritorniamo alla questione che abbiamo sopra proposta, e che ci ha condotto a questa digressione, noi dobbiamo concludere che il figlio, il quale avesse aiutato o instigato il padre alla uccisione di sè stesso, non potesse dirsi responsabile di *parricidio*, nè andare soggetto ad un'aggravazione di pena; neppure in faccia a quei codici i quali (a differenza del toscano) avessero conservato il titolo speciale di *parricidio*. La nozione del parricidio è ormai quella della *strage di un ascendente volontariamente commessa da un discendente*. Per trovare gli elementi di fatto corrispondenti a tale nozione, bisogna dunque che la mano sagrilega del figlio siasi spinta contro il corpo del padre, e ne abbia intenzionalmente cagionata la morte. Cotesti termini di fatto si possono adattare alla uccisione del padre

benchè consenziente; ma non mai alle micidiali violenze che il padre abbia volontariamente consumato sopra sè stesso, quantunque per malvagia istigazione del figlio, o con istrumenti o mezzi da questo procacciati. E in faccia a quei codici, i quali fanno un titolo speciale della *partecipazione all' altrui suicidio*, ove questi non abbiano preveduta la ipotesi eccezionale del figlio partecipe al suicidio paterno, non può il giudice convolare ad altri articoli, o procedere per analogie arbitrarie; ma soltanto può esaurire il rigore della penalità relativa entro i limiti che l'art. 314 prescrive indistintamente; poichè soltanto in questa generale provvisione può trovarsi la sanzione per qualsivoglia caso che rientri nella specie da quello contemplata. Che se poi si trattasse di figlio che avesse ucciso il padre consenziente, io non esiterei a riconoscervi il titolo di *parricidio*, salvo ad ammettere le debite minoranti quando la causa motrice risultasse essere stata la pietà, o la tutela dell' onore della famiglia.

CAPITOLO VI.

Criterii misuratori della quantità politica *dell' omicidio desunti dai* mezzi.

§. 1159.

Già notammo non potersi trovare nessuno aumento di *quantità naturale* nell' omicidio in ragione di uno od altro *mezzo* speciale che siasi adoperato alla strage; ma notammo altresì ricorrere potente ragione di

trovarvi un aumento di *quantità politica* tutte le volte che i mezzi scelti sieno tali *che minorino la potenza della difesa privata.*

La coscienza di cotesto minorato potere, per cui in faccia a certi mezzi prescelti allo eccidio in noi vacilla la speranza di poterci da noi stessi difendere contro un nemico, accrescere il sentimento del proprio pericolo rimpetto alla previsione del rinnovamento del fatto con quella forma; e così aumenta il *danno mediato* nascente dal delitto. Non è dunque neppur qui una considerazione morale, ma un calcolo tutto politico quello che per deduzione spontanea dei principii fondamentali giustifica la qualifica dell' omicidio desunta dai *mezzi.* Forse i primi legislatori che dettarono cotesta qualifica, obbedirono ad un sentimento confuso, senza esplicare a loro stessi il principio razionale a cui si concatenavano i loro dettati: poichè egli è un fatto di sovente osservato, che il sentimento istintivo ha nelle materie penali parecchie volte precorso le deduzioni logiche della scienza. Ma oggi la scienza penale sanziona il dettato che procedette da una vaga intuizione con una ragione positiva che ne dimostra palpabile la giustizia. Non ti punisco di più perchè tu siei più malvagio, o malizia maggiore mostrasti, quando facesti uso di certi mezzi per uccidere la creatura di Dio: ciò eccederebbe il mio diritto. Ti punisco legittimamente con maggiore severità perchè dando cotesta forma alla tua azione nefanda, hai fatto tremare un maggior numero di persone, od hai eccitato in loro più vivi palpiti per la propria sicurezza avvenire.

§. 1160.

Perchè dunque i *mezzi* usati ad uccidere possano tenersi come giusto criterio di aumentare la *quantità politica* dell' omicidio, bisogna che presentino cotesto carattere di rendere più difficile alla vittima cautelarsi, prevenirli, o difendersi dallo aggressore. Questo carattere si riassume nella *insidia*. E la insidia, presa in lato senso, si riassume in un *occultamento*. Ma l' occultamento potendo essere *morale*, o *materiale;* e l' occultamento materiale potendo essere occultamento di *persona*, e occultamento di *istrumenti;* ne deriva che alla presente serie fanno capo quattro titoli distinti — 1.° l' omicidio *proditorio* — 2.° l' omicidio con *aguato* — 3.° l' omicidio con *arme insidiosa* — 4.° il *veneficio*, che per le sue specialità odiose si staccò nella scuola e nella pratica dalla famiglia delle insidie innominate.

TITOLO I.

Omicidio proditorio.

§. 1161.

Si ha occultamento *morale*, quando il nemico ha celato l' animo ostile, o simulando amicizia o dissimulando la nimistà. Dal nemico che ci assale minaccioso potremo porci in guardia e spesso riuscire a difenderci: ma dal nemico che si avvicina a noi col

sorriso sulle labbra, è impossibile tutelarci. Tale differenza si rivela dalla sensività morale nel più intenso dolore che ci recano i tradimenti degli amici rimpetto alle offese dei conosciuti nemici: e questo ha causa nel sentimento di un maggiore pericolo; e il maggiore pericolo si svolge in un criterio politico per lo allarme maggiore. Questo è l' omicidio che dicesi *proditorio* (1); e che nelle antiche legislazioni ed anche in qualche codice contemporaneo (come il Sardo art. 527) si ebbe cura di designare appositamente fra i qualificati. Altri codici moderni hanno omesso di specializzarlo, per la idea che la prodizione implichi sempre la premeditazione. I pratici anche qui s' immersero nella solita casuistica, cercando se lo avere dato la buona sera, o salutato di cappello la vittima prima di aggredirla, costituisse o no prodizione. E distinsero la prodizione in *espressa*, risultante cioè da parole od atti amichevoli: e *tacita*, quella cioè che resultava dallo essere insieme ad un convito o in un viaggio; dalle relazioni di ospitaggio o di domesticità; o simili (2).

(1) Vedasi Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 3. Carpzovio (*tom.* 1, *pag.* 154) dice proditorio l' omicidio commesso contro un dormiente: e parifica alla prodizione (*quaest.* 24, *n.* 59 *ad* 41) lo avere ucciso alcuno in propria casa. Un esempio singolarissimo di applicazione del concetto della prodizione trovasi nello antico codice Russo detto di Yeroslaf. In quello un colpo di spada sguainata si puniva meno che un colpo ammenato colla spada senza torla dal fodero. La ragione che di simile differenziale ne porge Zezas (*legislation Russe pag.* 41) è appunto quella che con lo sguainare la spada si avverte il nemico a porsi sulle

difese; mentre finchè colui che si accosta a noi, tiene la spada dentro il fodero, noi abbiamo ragione di credere che ei non voglia usarne a nostro danno, e restiamo colti per sorpresa. Ecco come la formula della scienza moderna si rivelò anche ai legislatori dei tempi più oscuri. Ma forse la esecrazione contro la viltà del tradimento fu maggiore nei popoli quanto più furono fieri ed incolti.

(2) De Simoni *(delitti di mero affetto part.* **2**, *cap.* **11**, §. 5) distingue pure la insidia in *positiva* e *negativa:* distinzioni delle quali io non veggo la pratica utilità.

§. 1162.

Vuolsi eziandio ricordare, che per lo insegnamento degli antichi si aveva come proditorio l'omicidio commesso *senza nuova causa* dopo la stipulazione di un *contratto di pace.* Questi contratti di *pace privata* esercitarono una influenza grandissima nella storia dei tempi di mezzo e fino ai primordii del presente secolo; e fecero anch'essi la loro opera civilizzatrice, insieme con gli asili, a porre un freno alla barbarie delle private vendette. Fra i moltissimi effetti di queste paci private (che si occupavano a descrivere per largo gli antichi legisti) eravi quello di rendere proditorio e meritevole di pena infamante l'omicidio commesso sul nemico dopo avere secolui fatta la pace solenne. Ma se questa teoria, vasta un tempo, delle paci private (1) importa oggi principalmente alla storia, se ne può cavare peraltro un costrutto anche per la scienza moderna, dove si conservi la specialità del titolo di prodizione: e ciò per la teorica della *nuova causa.*

(1) Gli archivii italiani rigurgitano di contrattazioni che non hanno altra intitolazione tranne quella di *pace*. Non vi era notaro che non si rogasse in ogni anno di una quantità grandissima di tali contratti, e se ne trova continuato l'uso nelle Repubbliche italiane fino ai rinnovamenti sociali che avvennero sul cadere del passato secolo. Coteste paci non solo si stipularono fra grandi ma ancora fra persone volgari; ed ora spontaneamente, ora per comando delle autorità, e spesso con lo intervento di un intero parentado da ambe le parti. Lo studio di tali documenti getta grande luce sui costumi e sulla storia dei tempi. Le paci inoltre si comperavano mediante sborso di denaro all'offeso per il fine di ottenere la grazia dal Governo quando un colpevole era riuscito ad evitare l'arresto, od evadere, lo che era frequente in Italia attesa la piccolezza degli stati. Così in un breve di grazia di Papa Giulio II del dì 28 novembre 1506 leggesi espressamente motivata la remissione della pena dallo avere il delinquente ottenuto la pace dagli offesi; e ciò era di stile ordinario. Laonde a volere essere esatti bisognerebbe distingnere in due serie coteste contrattazioni di pace. L'una, che potrebbe dirsi *perdono* o *quietanza*, era quella che l'offeso dava all'offensore, o per generosità di animo, o per una somma di denaro: ed a questa forma deve attribuirsi la prima genesi di tali contratti i quali si annodavano con le tradizioni del *veregildo*. L'altra era quella che l'offensore dava all'offeso, promettendo di non più molestarlo per quella via con che prima lo aveva leso, fosse ingiuria, o adulterio, o ferimento, od altro simile. Spesso nel medesimo contratto servivasi ad ambedue siffatti scopi. Ora meditando su questa duplice forma di convenzione nasce il dubbio se la qualifica di *proditorio* assegnata all'omicidio per la circostanza della rotta pace si dovesse applicare ugualmente così all'offensore che aveva promesso di non più molestare l'offeso (lo che è indubitato) come all'offeso che avesse dato il perdono all'offensore: su questa seconda ipotesi potrebbe forse trovarsi ragione di dubi-

tare. Ma non incontro in alcuno dei pratici neppure il germe di tale distinzione: e trovo indistintamente applicata ad ambo le forme la qualifica di prodizione. Si usavano ancora le paci che nel linguaggio di allora erano dette *penate*, quando nel contratto si aggiungeva una penale di somme talora vistose da pagarsi da chi avesse per il primo rotto la pace: queste erano in sostanza *cauzioni de non offendendo*. Del resto lo aggravamento si risolveva nelle antiche pratiche in un modo più atroce (o come allora dicevasi più esemplare) della pena capitale. Così in un processo per omicidio giudicato a Bologna nell' anno 1553 trovo che di quattro colpevoli tre si condannarono ad essere appiccati, e il quarto ad essere squartato, allegando come ragione del più atroce supplizio la pace rotta per parte di lui. Vedasi Toselli *annali del Foro Criminale Bolognese vol.* 2, *pag.* 42, e nella *appendice pag.* 155.

§. 1163.

Nella dottrina costruita dai pratici intorno alla forma speciale di prodizione che si desumeva dalla violata pace, si disse eliminata la prodizione *ob novam caussam*, quando dopo gli atti amichevoli dai quali vorrebbe desumersi l' occultamento dell' animo, è sôrta per occasione repentina una rissa, o una qualunque novella causa di rieccitare lo antico sdegno. In presenza della quale cagione novella moltissimi dottori (non però senza dissidio) sostennero che dovesse referirsi l' omicidio alla causa prossima; escludersi la finzione e la dissimulazione dello sdegno, e così la prodizione, e la pena suprema. Cosicchè la nozione della *prodizione* viene ad esprimersi diversamente secondo che si accetti o non si accetti la teorica della nuova

causa. Se la non si accetta avremo la *prodizione* come qualifica dell' omicidio in qualsiasi atto di amicizia che abbia preceduto l' omicidio, ancorchè a questo non fosse preordinato. Se invece la si accetta, ne diviene estremo essenziale la *preordinazione* malvagia dell'atto amichevole al fine preciso di consumare con facilità maggiore la strage. Nel primo senso la *prodizione* sarebbe una *concomitanza* accidentale: nel secondo senso, che è il più comunemente accettato, deve essere un *mezzo* predisposto all' omicidio (1).

(1) Per cotesta idea modernamente si disse che la prodizione si unificava con la premeditazione. E si credette inutile riprodurre cotesta qualifica nei nuovi codici. Se il tradimento (si disse) deve essere *preordinato* alla strage, la strage deve dunque essere premeditata: dunque è inutile comminare alla prodizione la pena suprema, quando già si è comminata alla premeditazione. Ma questo ragionamento fu vizioso, perchè confuse due termini i quali non erano identici; cioè la *preordinazione* e la *premeditazione*. Essendo certo in teoria ed in pratica che può esservi un omicidio *predisposto* e non *premeditato*, perchè vi manchi o lo intervallo del tempo o la calma della riflessione, egli è chiara la possibilità di un omicidio predisposto con mezzi proditorii; come se taluno ricevuto un vivo affronto, nasconda il suo sdegno, e immediatamente inviti l' offensore ad un amplesso, e lo uccida. In questi termini è evidente che si ha un tradimento preordinato alla strage senza premeditazione. La ragione dunque per cui si cancellò dai moderni codici questa qualifica non fu esatta. Può trovarsene altra ragione quando si pensi che un tradimento ordito nell' impeto abbia repressione sufficiente nei limiti della pena relativamente determinata contro l' omicidio improvviso. Ma non può dirsi che per la regola che non ammette prodizione se l' atto amichevole

non è preordinato alla strage, la prodizione implichi per necessità la premeditazione. È positiva in punto di fatto la possibilità di una prodizione improvvisamente risoluta, e senza dilazione eseguita; l' asserta identità non può dunque accettarsi se non da chi confonda la *premeditazione* col *dolo determinato*. Oltre a ciò, togliendo per siffatta idea cotesta qualifica, si guardò da un solo lato una questione che aveva doppio aspetto, come in appresso (§. 1167) verrò notando in termini più generali.

TITOLO II.

Omicidio con aguato.

§. 1164.

L' occultamento *materiale* può essere occultamento di *persona*. L' occultamento di persona, che dicesi *aguato* si ha quando per aggredire la vittima il micidiale si è celato ad attenderla per piombarle addosso alla impensata. La etimologia della parola *aguato*, in qualunque modo (1) si voglia accettare, è sempre uniforme al concetto giuridico che si rappresenta da cotesta parola.

(1) Io dubito che la origine di cotesta parola nel moderno giure penale italiano sia diversa dalla sua origine nel comune nostro linguaggio. Penso che nel moderno giure penale siasi introdotta come versione del *guetapens* dei francesi. Questa parola è un formato delle due parole, *guet* — che significa vigilanza, sentinella; e *apenser* — che significa premeditare. Laonde nel linguaggio francese la parola *guetapens* include naturalmente la idea che facciasi guardia

ad attender altri col preordinato fine di offenderlo. Vedasi Godefroy *Coutume de Normandie tom.* 1, *pag.* 52, 2 — Carnot *Code pénal art.* 298, *n.* 2. Onde la Cassazione di Francia annullò un giudicato che aveva ritenuto la circostanza dell' aguato senza concorso di premeditazione. Nel comune linguaggio italiano la parola *aguato* deriva dallo spagnolo *aguaitar*, che vale insidiare. Vedasi Menagio sulle origini della lingua italiana; Cujacio *lib. II, observ. cap.* 2. *et seqq.* — Du Cange *Glossarium mediae et infimae latinitatis* — Manuzzi alla parola *aguato* — *insidia tesa dai militari all' inimico mettendosi in luogo nascosto per spiare i suoi andamenti e per uscirgli addosso alla sprovvista.* Un mio erudito amico (il sig. avvocato Felice Tribolati di Pisa) pensa che la parola *aguato* derivi da *guado;* trovando che *guado* dai nostri classici si adoperò per *varco;* onde secondo lui si disse *attendere al guado* invece di *attendere al varco*, poichè *guado* deriva dal latino *vado*, come *valico*, da cui si è fatto *valco* poi *varco:* e conforta questo suo pensiero con buone autorità. Qualunque di tali opinioni si accetti, in tutte le derivazioni di questa parola primeggia sempre la idea del preordinamento del nascondiglio alla aggressione.

§. 1165.

Anche questa qualifica che formò titolo speciale di aggravanza, e lo forma tuttora nel codice Francese (art. 298) e Sardo (art. 529), oggidì si considera da molti come superflua, quasichè si compenetri nella premeditazione per sua propria natura.

Infatti egli è indubitato che onde l' *aguato* qualifichi l' omicidio bisogna che sia *preordinato* alla uccisione: non una mera accidentalità. Se mentre alcuno stava col suo archibugio, appiattato in un cespuglio per

attendere un volatile, veda a caso passare un nemico; e colto da improvvisa tentazione gli esploda contro, non evvi aguato: perchè quel nascondimento non era *preordinato* allo eccidio. Ma poichè tale *preordinazione* (1) induce per necessità disegno precedente, così si corse a dire che l' aguato non era in sostanza che una forma della premeditazione. Io concordo che la qualifica dell' aguato non stia nella sola *materialità* accidentale della circostanza, ed esiga la *preordinazione* alla strage: ma ripeto la osservazione che ho fatto nella nota al §. 1164.

(1) Una massima notabile trovasi stabilita dalla Corte di Cassazione di Napoli col Decreto del 28 ottobre 1864, che annulla un giudicato della Corte d' Assisie di Reggio di Calabria, perchè aveva posto impersonalmente la questione dell' aguato. Secondo questa Giurisprudenza la ricerca dell' aguato sull' omicidio dev' essere proposta separatamente per ciascun' accusato, lo che porta alla conseguenza che tale aggravante possa trovarsi per un accusato, e per un altro no. Codesta massima devia dalla regola della scienza che distinguendo fra circostanze *materiali e personali* insegna che le prime sono comunicabili ai complici, a differenza delle seconde; alle quali pertiene la premeditazione. Ma la Corte si mosse dallo speciale disposto dell' art. 105 del codice penale.

§. 1166.

Fra i *modi insidiosi* che qualificano l' omicidio noverarono parecchi scrittori e qualche legislazione anche lo essersi l' uccisore coperto il viso di *maschera*. Vi fu chi sulle orme di Romagnosi sostenne la convenienza di tale qualifica appoggiandola alla teoria della

spinta. Alcuni legislatori l' accettarono per una speciale avversione contro la *maschera* (1). A vero dire non può trovarsi ragione sufficiente della medesima sui principii generali nei quali noi abbiamo riconosciuto il fondamento delle aggravazioni; vale a dire l' aumentato pericolo per la minorata potenza della privata difesa. La maschera infatti non difficulta la difesa personale dell' aggredito. Anzi in generale lo avverte della aggressione. Sicchè procedendo su codesto criterio bisognerebbe distingnere tra la maschera adoperata nei tempi in cui i locali regolamenti ne permettono l' uso, e la maschera adoperata in tempi nei quali essa è vietata. Nelle prime condizioni può benissimo dirsi che per la medesima si aumenta la difficoltà della privata difesa; poichè la costumanza di lasciarsi avvicinare dalle persone mascherate e far loro buon viso, dà balìa di accostarmi, senza che io venga in sospetto, ad un nemico, avverso il quale mi sarei posto in guardia se a viso scoperto lo avessi veduto dirigersi contro di me. Ma in altri tempi l' aspetto di un uomo che cela il suo viso sotto mentita persona è anzi un avvertimento a guardarci da lui: è quasi un avviso della sua intenzione criminosa. Laonde in codesti tempi se vogliasi mantenere l' uso di maschera come criterio di aumento nella quantità politica dell' omicidio, o bisogna guardarlo come argomento di premeditazione; o bisogna, gettandosi nella teoria della spinta, valutarlo per la maggiore speranza d' impunità che promette al colpevole.

(1) Langleo, nei suoi *semestri* al *lib.* 8, *cap.* 9, *pag.* 540 *et* 544, ricorda una ordinanza di Francia che com-

minava pene gravissime contro il solo fatto di mascherarsi; e sulla testimonianza di Polidoro Vergilio narra di una legge d' Inghilterra che dichiarava delitto capitale codesto semplice fatto.

§. 1167.

Del resto molti moderni codici, tra i quali il codice Toscano del 1853, hanno affatto intralasciato la considerazione della qualifica dell' *aguato*, come hanno tralasciato la qualifica della *prodizione;* ossia (parlando in termini più generali) la qualifica della *insidia.* Hanno addotto di ciò comunemente la ragione (non assolutamente vera (1) in punto di fatto) che la insidia presuppone sempre la premeditazione. Io vado pienamente d' accordo che un omicidio commesso nell' impeto, benchè col mezzo di *insidia* repentinamente ordinata, non presenti gravità politica uguale ad un omicidio freddamente premeditato, benchè senza insidia condotto a termine. E penso perciò che peccassero di soverchia severità coloro che all' *insidia* (quando anche non premeditata) infliggevano l' estremo supplizio, adegnando in faccia alla legge due proeresi fra le quali intercedeva un abisso sotto il punto di vista così morale come politico. Ma io penso altresì che procedendo con cotesto ordine di idee ad un abbandono totale della qualifica della *insidia*, siasi contemplata la questione da un solo dei suoi lati, mentre essa voleva essere sotto doppio aspetto considerata. Si è detto che la insidia senza premeditazione non meritava la pena suprema: e fin qui

(o per una o per altra ragione che tengasi) credo siasi detto bene. Ma si è poi venuti a decretare la pena suprema contro la premeditazione, senza distinguere la premeditazione senza insidia dalla premeditazione con la insidia: ed ecco il secondo aspetto della questione che io notava essersi del tutto trascurato. Ricordando ciò che ho avvertito di sopra (§. 1125 nota 3) sulle orme dello illustre Pacecho, la *premeditazione* isolata da mezzi particolarmente odiosi, non presenta il *massimo* della quantità politica dell' omicidio. Fra colui che dopo avere premeditato di uccidermi mi affronta a viso aperto (sia pure con freddo e maturo consiglio) e colui che ha premeditato di uccidermi, e mi prepara il veleno, o si appiatta sotto il mio letto per cogliermi nel sonno, intercede grandissima diversità (lasciando il punto di vista morale) sotto il punto di vista politico. Se punite di morte il secondo, è troppo severa la pena di morte per il primo. Gli antichi col loro atroce metodo delle morti esasperate, erano più barbari, ma più giusti di noi; poichè ad ogni incremento di circostanza aggravante provvedevano con un incremento di dolore nell' atrocità del supplizio. Noi abbiamo cessato di essere barbari nella via della esasperazione; ma volendo continuare ad essere barbari con la conservazione della pena di morte, siamo divenuti ingiusti; poichè nell' identico titolo abbiamo punito con ugual pena crimini di gravità politica differentissimi. Ecco il punto di vista sotto il quale non si è guardata la questione nella abolizione della qualifica d' *insidia.* Si è guardata la insidia senza premeditazione, e si è detto esser questo

impossibile. Poi non si è fatto il confronto della premeditazione senza insidia colla premeditazione accompagnata da insidia. Questa combinazione era facile a prevedersi. Doveva dunque cercarsi se il concorso della insidia oltre la premeditazione rendesse o no l' omicidio politicamente più grave. E poichè istituita tale ricerca, bisognava rispondere per l' affermativa, cotesta risposta avrebbe condotto per buona giustizia a decretare pel primo caso una pena minore a quella del secondo. E si sarebbe venuti al risultato che se volevasi anche per un poco tener vivo l' ufficio della mannaia, non poteva questa minacciarsi alla premeditazione senza insidia. E il codice Toscano che all' omicidio d' impeto aveva comminato la pena temporanea col massimo di 12 anni, aveva ben largo campo per graduare la penalità con proporzione più conveniente, se non si fosse un poco troppo obbedito alla mania di cancellare tutto il linguaggio dell' antica dottrina penale.

(1) La idea che non potesse concepirsi nè prodizione nè aguato, nè in generale insidia senza premeditazione, e che perciò fosse una superfetazione inutile la moltiplicazione di cotesti titoli speciali, fu posta innanzi dal De Simoni *dei delitti di mero affetto* §. 12. Ma le ragioni che se ne adducono non sono esatte. Può riconoscersi la convenienza di sopprimere questi titoli speciali, perchè l' aguato come la prodizione, quando non siano accompagnati da premeditazione, non presentano caratteri di gravità politica che adeguino quelli che presenta il *caso pensato*. Ma non convengo che nel *fatto* si identifichino sempre i due termini. Come può avvenire che siasi da lunga mano premeditata una aggressione e siasi eseguita poi a fronte aperta, onde ne sorga premeditazione senza insidia; così può avvenire che

si ricorra alla insidia per una istantanea risoluzione, e senza intervallo di tempo fra la deliberazione e l' azione sufficiente a costituire la premeditazione; oppure sotto la impulsione di un impeto veemente di collera. Non bisogna dir dunque che l' aguato e la prodizione debbono (come ha fatto il codice Toscano) togliersi dalla serie delle qualifiche speciali dell' omicidio, per il motivo che le medesime inducono sempre premeditazione. Dicendo così si giustifica un vero giuridico con un falso supposto di fatto. Bisogna dire invece che la circostanza onde si eccita una maggior quantità di spavento, è il freddo calcolo precedente all' azione, perchè in faccia a questo rimane troppo più difficile alla vittima la privata difesa: e bisogna dire per conseguenza che l' effetto politico della insidia quando avvenga che si ponga in essere senza freddo calcolo, è di gran lunga minore dello effetto politico che genera il freddo calcolo, sia egli o no accompagnato dall' insidia. È soltanto per questa considerazione che nei casi pratici, nei quali *in fatto* si era verificata la insidia ma non risultava il caso pensato, l' omicidio dai giudicanti si dichiarò non qualificato; e così quella qualifica senza di questa cessò di essere operativa, e ne risultò la superfluità, non per motivi di fatto, ma per motivi giuridici: vedasi Niccolini *quistioni di diritto parte 4, qu.* 12, *n.* 10, *e segg.* Debbo avvertire che la Corte di Cassazione di Torino ha più volte (12 decembre 1865, e 12 maggio 1866) stabilito che lo aguato qualifichi l' omicidio e basti ad infliggere la pena suprema ancorchè non risulti accompagnato dalla premeditazione. Ma, salva la debita reverenza a quella Corte, se tale dottrina può giustificarsi sulla lettera speciale del diritto positivo sardo, non è accettabile in faccia ai buoni principii e viene generalmente respinta dalle altre giurisprudenze.

TITOLO III.

Omicidio con armi insidiose.

§. 1168.

L'occultamento dei *mezzi*, o strumenti micidiali, qualifica l'omicidio commesso con armi da taglio di *corta misura*, e secondo molti anche con armi *da fuoco:* quelle per il facile loro nascondimento; queste per la trista attitudine a raggiungere la vittima da lontano: sicchè avverso le une e le altre a lei riesce più difficile procurarsi salvezza. Alcuni dissero che nella delazione di coteste armi susseguita dall'uso micidiale si aveva una premeditazione *presunta*, *indeterminata;* perchè il colpevole col delare l'arme destinata al solo uso di uccidere, ha mostrato la fredda risoluzione di uccidere chiunque venga a dargli molestia (1). Questa idea mi sembra però troppo oltre spinta; perchè più spesso si dela l'arme, o per mal uso, o per trasoneria e pompa, o per timore di personali pericoli.

(1) Mattheu et Sanz (*de re criminali controv.* 31, *n.* 19, 48) dissero proditoria la strage commessa con arme a fuoco. Renazzi (*lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 2, *n.* 2) sostiene che anche l'omicidio in rissa se commesso con *arme da fuoco*, dee punirsi come *insidioso propter genus armorum.* Opinione combattuta validamente da Giuliani *vol.* 2, *pag.* 232. Ad una elegante questione darebbe argomento il caso di un omicidio commesso con un fucile *a vento*, *o ad aria* come più piace chiamarlo. In faccia alla ragione

scientifica non può dubitarsi che siffatte armi offrano anche un maggiore elemento di odiosità perchè esplodono senza detonazione. Ma in faccia ad un codice che contemplasse il caso con la formula *arme a fuoco* potrebbe sostenersi che l' arme a vento non cade sotto la *lettera* della legge, e che non è permesso in criminale prendere come base ad una punizione o ad uno aggravamento la semplice *analogia*. Generalmente negli antichi statuti d' Italia la facoltà di condannare per *analogia* era espressamente accordata ai giudicanti mercè la solita formula, *quod procedatur de similibus ad similia*. Ma la filosofia moderna non poteva accettare codesto precetto come regola costante perchè il cittadino deve trovare nella legge lo aperto divieto di ciò che a lui vuolsi apporre come delitto. Ciò non ostante il punto della analogia nelle materie penali riesce tuttora in alcune particolari configurazioni assai grave e perplesso. Quelli istessi che più lo impugnano quando guardano la questione sotto il punto di vista odioso della estensione della *pena*, lo accolgono quando lo guardano sotto il punto di vista favorevole della estensione di una *scusa*: e veramente la ragione di distinguere non è priva di fondamento.

§. 1169.

Perciò i buoni codici moderni (1) mentre hanno continuato a ravvisare nella odiosità dell' arme una ragione di aumento della quantità politica dell' omicidio, hanno però limitato l' aumento entro moderatissimo cerchio; e il codice Toscano, il quale nella prima edizione del 1853 aveva dimenticato di tener parola di quest' aggravante nell' *omicidio*, mentre l' aveva presa in considerazione per le *lesioni personali*; nella nuova edizione del 1856 estese la disposizione dell' art. 333 relativo alle lesioni anche all' omicidio, com-

minando un più di rigore nella quantità della pena entro i suoi limiti ordinarii, per guisa che ad un omicidio commesso *con arme propria* mai potesse infliggersi il *minimum* della pena.

(1) Nella storia delle legislazioni si trovano monumenti di speciale e non giustificabile efferatezza nel dettare le pene contro gli omicidj ed i ferimenti commessi con arme vietata. Sabellio (nella *pratica* verbo *ammazzare n.* 1; e in *Summa* §. *affectus, n.* 5) nota che per bando della repubblica fiorentina del 2 settembre 1579 anco il semplice tentativo di omicidio *con archibuso* si puniva con la forca, confisca dei beni, e *perpetua infamia da restarli sempre addosso;* purchè si venga all'atto prossimo di scaricarli ancorchè non pigliassero fuoco o non colpissero, *mentre tal atto segua per ammazzare, o ferire* o *ingiuriare, sia in rissa, o caso pensato, in aguato* o *tradimento.* Consimili disposizioni vigevano nel regno Napoletano: Novario *collect. super Pragm. de ictu scoppictae seu sclopeti pragm.* 1, *et* 2 — Muscatello *prax. crim. de ictu scoppetti, archibusii, et balistae;* nel regno di Sicilia; *Pragmat.* 3 *e* 4 *tit. de armis prohibitis* — Mastrillo *dec.* 155 — Giurba *obs.* 33, *n.* 1 *et seqq.:* nel Portogallo contro coloro *qui sagittae jactu mortem vel vulnera inferunt, etiamsi nullam laesionem intuleriut* — Gamma *decis. Lusit. dec.* 170: nel Ferrarese; Cephalo *cons.* 204, *lib.* 2: nel Mecklinese; Christineo *ad leg. municip. tit.* 2, *articolo* 28. E recentemente nel già Ducato di Lucca è noto il fiero decreto di Werklein del 19 decembre 1815, col quale fu comminata la pena di morte all' omicidio volontario commesso con armi vietate, e di venti anni di ferri se concorreva la provocazione.

§. 1170.

Deve però notarsi che il codice Toscano ha affatto abbandonato le antiche idee in proposito della qualifica desunta dall' arme insidiosa. La distinzione sulla maggiore o minore lunghezza dell' arma o da fuoco o da taglio, che nel facile nascondimento trova ragione di odio, si mantiene dalla nostra legislazione alla materia delle trasgressioni sotto titolo di delazione d' arme, per il solo fatto della delazione, indipendentemente da qualunque uso nocevole dell' arme stessa. Finchè l'arme non ha ferito la delazione di una piuttosto che di altra arme non offre che una presunzione. Se l'arme era di quelle che diconsi *destinate ad uccidere*, la legge non per esercizio di magistero penale, ma per esercizio di magistero di buon governo, presume intenzioni sinistre in chi delava quell' arme; e lo punisce come trasgressore alle leggi di polizia. Se poi l' arme era bensì *atta ad uccidere* ma non destinata ad uccidere, cotesta presunzione non è altrimenti accettabile, nè accettata; perchè la destinazione abituale dell' arme prevale alla accidentalità della sua attitudine micidiale; e la destinazione sua essendo quella di servire ai bisogni della vita, non può ammettersi che dal farne delazione sorga argomento di sinistre intenzioni, e non può per conseguenza ammettersi neppure la pena di semplice polizia contro tale delazione. Ma quando l' arme ha pur troppo servito a ferire o ad uccidere, le sinistre intenzioni non sono più presunte soltanto: esse sono una realtà. Sia pure che il feritore non delin-

quesse quando delava l' arme non invisa al regolamento di polizia: malgrado ciò quando egli ferì od uccise, uccise e ferì abusando del vantaggio che a lui dava quell' arme. Per queste idee il codice Toscano ha generalizzato la vecchia qualifica desunta dall' *arme insidiosa*, convertendola nella qualifica desunta dall' *arme propria*. Esso ha definito all' art. 334 quali siano le *armi proprie*, dopo avere all' art. 333 §. 2 stabilito in quanto all' omicidio, che qualora ei venga commesso *con arme propria* se ne aggravi la pena entro i suoi limiti legali. Così in faccia alla nostra legislazione non potrebbe più mantenersi la vecchia rubrica che abbiamo dato al presente titolo. Oggi questo criterio misuratore della quantità politica dell' omicidio non è più l' *arme insidiosa*, ma in Toscana è l'*arme propria*. L' aggravante si decreta, quantunque l' arme adoperata non sia del genere delle vietate; ma in questo caso vi si aggiunge il solo aggravamento, e non la pena della delazione (1).

(1) O si desuma lo aggravamento dalla qualità d' *insidiosa* o dalla qualità di *propria* nell' arme, certo è che il concorso di tale qualità non è questione di *puro fatto*. Così fu giudicato in termini dalla Corte di Cassazione di Palermo il 22 aprile 1865; e bene a ragione, perchè quantunque la qualità dipenda da certe circostanze *di fatto* (lunghezza, forma, destinazione dell' arma) pure è questione di *diritto* decidere se a quella misura a quella forma o a quella destinazione attribuisca la legge la qualifica odiosa del delitto di sangue. Si erra dunque quando s' interrogano i giurati se concorra la circostanza dell' *arma propria* perchè mentre si omette d' interrogarli sulle *condizioni materiali* dello

strumento feritore s' interrogano sulle sue *condizioni giuridiche*, vale a dire sopra una questione di puro diritto. Ma si errerebbe ugualmente ove si omettesse ogni questione sulle *condizioni materiali* dell' arma che dall' accusa si proclama invisa alla legge, perchè questa è pura ricerca di fatto sulla quale hanno competenza i soli giurati.

Titolo IV.

Veneficio

§. 1171.

Fra tutti i modi insidiosi di uccidere, il più insidioso e il più terribile è il veleno; onde l' omicidio per tal guisa commesso, ebbe il triste privilegio di un nome speciale, e nacque il titolo di *veneficio* (1). Esso si definisce — *la uccisione di un uomo operata mediante veleno a lui dolosamente e latentemente propinato* (2).

(1) Bibliografia — Kemmerick *synopsis juris criminalis tit.* 4, *pag.* 31 — Boehmero *elementa juris criminalis cap.* 20 — Meister *elementa juris criminalis* §. 86, *pag.* 48 — Caravita *institutionum criminalium. lib.* 4, *cap.* 55 — Helbach *selecta criminalia pars* 9, *n.* 14, 16, 18 — Vouglans *leggi criminali tit.* 3, §. 7 — Renazzi *lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 4 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 1 — Van-Doelen *de veneficiis* — Deketh *de crim. veneficii* — Carmignani *elem.* §. 910. — Ehrmann *diss. de veneficio doloso* — Zoller *de poena veneficii attentati* — Puccioni *saggio pag.* 434 *e segg.*

(2) Eccezionale e dissonante dalla comune scuola è la definizione che del veneficio volle darsi nel codice penale

Francese del 1810. Per cotesta definizione la essenza consumativa del veneficio è nella *porrezione* a fine di uccidere, e non nella morte procurata col veleno (art. 301). Cotesta definizione è un passo ulteriore che il legislatore francese volle fare nella sua prediletta equiparazione del delitto tentato al consumato nella penalità. Con l' art. 2 egli aveva dettato una sanzione rigida adeguando nella punizione il misfatto tentato al consumato: ma aveva rispettato la nozione scientifica dei due distinti enti giuridici. In materia di veneficio andò più oltre, e unificò la nozione del veneficio consumato con quella del veneficio tentato. La differenza è notabile. Altro è che il legislatore decreti di volere che nei suoi stati si venda a prezzo eguale il grano quanto l' avena. Potrà discutersi sulla convenienza del suo decreto; ma questo sarà pur sempre nei suoi poteri. Altro è invece che decreti doversi dire che il grano e l' avena sono due cose identiche. Col dir così egli trascende evidentemente i suoi poteri, tra i quali non è quello di mutare la natura degli esseri. La propinazione di un veleno non susseguita dalla morte non sarà mai un veneficio.

§. 1172.

Prima condizione di questo titolo è il *veleno*. Importante perciò definirlo; ma non agevole quanto importante. I romani dissero *venenum* tuttociò che applicato ad una sostanza ne mutava la natura: onde dissero *veleno buono* quello che migliorava; *veleno malo* quello che deteriorava le sostanze a cui veniva applicato: e secondo ciò il veneficio fu definitò la uccisione operata con veleno malo (1). Nozione e distinzione effimera perchè la identica materia ora può porgersi per uccidere l' uomo a cui è somministrata; ora per restituirgli salute. Ed oggidì che la medicina am-

ministra anche i più micidiali veleni come farmachi, non vi sarebbe più sostanza che potesse assolutamente dirsi *veleno malo*. In tal guisa la nozione del veleno non avrebbe più un criterio ontologico positivo; ma un criterio prepostero ed eventuale, e tutto ideologico, perchè desunto dal fine di chi adopera la sostanza. Non sarebbe il veleno che darebbe la essenza al veneficio, ma il veneficio che darebbe la essenza al veleno.

(1) Un riassunto completo della dottrina sulla nozione del veleno trovasi ai *n.* **1436, 1437** dell' *Eco dei Tribunali* in una dissertazione dottissima del prof. Pietro Ziliotto medico primario dell' Ospedale di Venezia. Questo lavoro è acutissimo nella censura contro le definizioni del veleno date fin qui dai più classici scrittori: Puccinotti, Renazzi, Orfila, Casper, Van-Hasselt, Taylor, Griffith.

L' illustre professore conclude la escursione stringendo la definizione del veleno nella semplicissima formula *sostanza potenziale mortifera*. Per quanto per altro possano essere esatte le osservazioni critiche dell' illustre professore sotto il punto di vista medico-legale, io persisto a credere che il criminalista nel dare la definizione del veleno e del veneficio non possa preterire dalla idea della *insidia*.

§. 1173.

Altri cercò il criterio del veleno nel *tempo*, e disse veleno ciò che uccideva rapidamente: criterio falso come ognuno comprende, perchè troppo sono noti gli esempi di stragi consumate con veleni, o che furono somministrati a piccole e continuate dosi, o che erano di tal natura da cagionare inevitabilmente la morte, benchè dopo lungo intervallo. Lo intervallo occorrente

alla azione della sostanza venefica non influisce per niente sulla essenzialità (1) del veneficio.

(1) Ciò che bisogna per altro avvertire si è che non ogni sostanza la quale ingerita nel corpo umano nuoccia alla salute e possa anche recare la morte, è per questo solo motivo *veleno*. Bisogna che la sostanza abbia una azione chimica; non basta che uccida per una azione soltanto meccanica. Questa specialità si rileva nel caso della somministrazione di vetro pesto, il quale non uccide come veleno, ma per le incisioni e successive esulcerazioni che può cagionare negli intestini come corpo tagliente. Nel caso pratico fu deciso e insegnato che ciò non esauriva i termini di veneficio. Vedasi la decisione della Corte di Lione camera delle accuse 25 aprile 1855; e Blanche *premier étude sur le Code pén. pag.* 13, 14.

§. 1174.

Carmignani accettò (come bisogna accettare in mancanza di meglio) il criterio della *quantità*. Onde si dice veleno quella sostanza che somministrata all'uomo anche in *esigua* (1) *dose* ha potere di ucciderlo. Ma questa nozione bene si scorge che è indefinita nella condizione della *esiguità* (2).

(1) Il criterio della *esiguità* della dose assunta da molti come base della nozione del veleno, ha la sua ragione nella *insidia* che si desidera come condizione del veneficio. Non è mancato per altro chi abbia censurato e censuri cotesto criterio. Il vizio del medesimo, agli occhi miei, sta in questo che la *esiguità* rimane nello indefinito. Vizio gravissimo in una nozione giuridica. Ma quando la censura si è voluta

formulare con l' obietto che si escluderebbe dal veneficio la uccisione commessa mediante veleno che non agisce se non a dosi generose, si è caduti in un circolo vizioso, e non si è veduto che l' obietto si poteva ritorcere contro gli oppositori, dimandando loro se dunque dichiarassero veneficio una uccisione che si fosse consumata mediante l' alcool. Al certo gli oppositori risponderanno che l' alcool non è veleno; ed io ripeto che siffatta replica torna a ribadire un circolo vizioso; giacchè tornerei a chieder loro per qual motivo l' alcool non è veleno. Quale differenza intercede fra l' acquavite e l' oppio? Se fate bere ad un uomo un litro di acquavite per fine di ucciderlo, e lo uccidete, voi ottenete lo istesso effetto che otterreste con pochi grani di oppio. Dove sta infatti la differenza fra l' oppio e l' acquavite? Nella quantità dell' uno e dell' altro occorrente per dare la morte. Ed è appunto per questa condizione di quantità, che tu puoi somministrare ad un uomo parecchi grani d' oppio senza che egli se ne accorga, ma non puoi fargli trangugiare un litro di acquavite senza che ei sappia di beverla. Lo indefinito della *esigua quantità* non può dunque definirsi che con questo solo criterio, che la sostanza si possa ingerire nel corpo di un uomo latentemente e senza che egli ne abbia cognizione. Può benissimo avvenire che uno scellerato procuri deliberatamente la morte di un nemico, anche mediante l' alcool, inducendo altri a beverne smoderatamente pel *fine apposito* di farlo cader morto. Verificato ciò si potrà avere un omicidio premeditato; mai il veneficio. Chè se manchi il fine di dar morte, ma la instigazione a bere smoderatamente acquavite proceda da una sconsmessa imprudente (come io ne vidi in pratica il doloroso esempio) si avranno i termini dell' omicidio *colposo*. Sul-l' applicazione al supposto caso anche di questo titolo io vidi disputare in pratica, per la solita obiezione del concorso della imprudenza della vittima con la imprudenza di chi lo incitò. Siffatto dubbio fu precluso dal codice Annamita, che (lib. 3, sezione 11, traduzione Aubaret *vol.* 1,

pag. 188) espressamente previde l' omicidio avvenuto *giuocando*, e lo dichiarò più grave dell' omicidio commesso per imprudenza.

(2) Gli antichi applicarono il titolo di *venefici* anche ai fabbricatori di sortilegii, malie, filtri amorosi, e simili cose, come spiega Charondas con grandissima ingenuità nella sua opera *Memorables observations du droit français pag.* 185. Questa ipotesi che ormai dovrebbero i moderni lumi avere renduto impossibile, non lo è difatto per la troppo ostinata credulità volgare specialmente in certe provincie. Ma quando si verifichi il caso di una fattucchieria esso sarà facile a risolversi. Se il filtro sarà dato a fine di uccidere ed avrà ucciso, avremo naturalmente i termini del veneficio ordinario. Se sarà dato a fine di uccidere, ma non avrà avuto potenza di uccidere si scioglierà la questione con le regole del tentativo. Se il filtro sarà dato per fine innocente ed avrà ucciso, mancherà al veneficio lo elemento intenzionale, ed avremo i termini dell' omicidio colposo.

§. 1175.

Importante è la distinzione in veleni *ingeniti*, generatisi spontaneamente nel corpo umano: veleni *acquisiti*, ingeriti inavvertentemente nel proprio corpo dalla stessa vittima: e veleni *propinati*, cioè a lei somministrati da altri. Ciò spiega nella data definizione il senso che vuole esprimersi con le parole *veleno* e *propinato* (1). Si soggiunge *dolosamente* perchè se il veleno fu propinato da altri per mera imprudenza, cessa il titolo di *veneficio*, e rimane quello di omicidio colposo.

(1) Quando nel parlare di veneficio e di veleno si usano i termini *propinato, ingerito, amministrato, porretto* o

simili, s' intende fare allusione a qualsiasi modo ed a qualunque via per cui la sostanza venefica venne introdotta nel corpo della vittima. È indifferente che siffatta introduzione siasi ottenuta dal reo al mezzo di deglutizione, di iniezione, di assorbimento, o di aspirazione. Tali ricerche interesseranno la procedura, sia per porre in essere la prova del materiale, sia per cavarne indizio sul più probabile autore del misfatto: ma sulla essenzialità del medesimo, e sulle sue condizioni giuridiche, non esercitano influenza nessuna.

§. 1176.

I criterii *essenziali* del veneficio sono dunque il *veleno;* la *propinazione;* e la *uccisione.* Sicchè per constatare il *corpus criminis* in questo delitto, è necessario provare — 1.⁰ la *presenza del veleno* nel cadavere — 2.⁰ che quel veleno fu *propinato* — 3.⁰ che quel veleno fu *causa della morte.* Le due prime condizioni non bastano; perchè può essersi propinato il veleno, e la morte essere venuta da altra cagione. Nel qual caso si avrà un *veneficio mancato,* ma non il veneficio *consumato.* L' opera dei periti per la costatazione del materiale del delitto (che già notammo al §. 1088 essere per regola necessaria in ogni genere di omicidio), è assolutamente indispensabile nella costatazione del materiale di veneficio (1): perchè senza di loro non si può porre in essere la presenza e la effettiva operosità del veleno, la quale restando incerta condannare per veneficio sarebbe lo stesso che giocare a dadi la testa degli uomini.

(1) Boehmero *elem. cap.* 20 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 1, *n.* 6 — Paoletti *lib.* 3, *tit.* 11 — Al-

phano *jur. crim. lib.* 2, *tit.* 5, *pag.* 489, *et seqq.* — Wills *an essay on circumstantial evidence chap.* 7, *sect.* 4, *pag.* 216 *to* 265.

§. 1177.

Su questo punto si eleva importantissima ed elegante questione: la quale consiste nel definire *il vero momento* in cui si *consuma la propinazione*. Il problema vuol essere posto con questa formula, e non altrimenti che con questa formula, se non si vuol cadere nel sofisma di petizione di principio quando si cerca il *momento del veneficio mancato*. E ciò si rende importante in faccia alla nozione che del *delitto mancato* diede il codice Napoletano (art. 70) e che si accettò da Roberti (*corso vol.* 3, §. 820, *nota* 28); per la quale si pone come condizione del delitto *mancato* che nulla restasse a fare AL DELINQUENTE. È intuitiva la influenza che questa formula esercita sulla soluzione del caso in cui il veleno sia stato *gettato nella pentola* da un *estraneo*, furtivamente introdottosi a tal fine nella casa della vittima designata. Si ha, o no, in questa ipotesi il *veneficio mancato?*

Secondo la formula napoletana si avrebbe qui delitto *mancato*, perchè lo *estraneo* avvelenatore, dopo il getto del veleno nella pentola, *non deve far altro;* non rimangono altri atti che *da lui* si debbano eseguire secondo il disegno suo. Il cuoco ultimerà la preparazione della vivanda avvelenata; il servo la recherà al padrone; questi se ne ciberà: ma tutti tali atti non sono atti che dovessero eseguirsi *dal micidiale*. La opera sua

è compinta: se un animale rovescia il pentolo; se al servo cade la scodella; se al padrone non piace la vivanda e la getta; coteste accidentalità che hanno impedito la consumazione del veneficio, non tolgono che il reo abbia eseguito tutti i momenti della *sua* azione criminosa: secondo questa dottrina è sempre *veneficio mancato* (1) perchè quel colpevole aveva *per parte sua* fatto tutto, sebbene moltissime cose restassero a farsi prima di raggiungere la consumazione subiettiva del veneficio.

(1) Gli scrittori francesi (vedasi Witteveen *de homicidio pag.* 48 *et* 49) sono andati assai lungi da tale pensiero. Cadendo nello estremo opposto hanno detto che il getto del veleno nel pentolo non era neppure tentativo. Essi hanno detto bene in faccia al testo del codice del 1810 all' art. 2; ma errerebbe chi convertisse tale proposizione in un dettato scientifico.

§. 1178.

Io credo errata in faccia alla scienza questa soluzione, e viziosa la formula del codice Napoletano. E la credo errata, perchè penso che la *propinazione si consumi con lo ingerimento* del veleno. Fino a questo momento può essere *utile il pentimento*. E agli oc chi miei esecuzione dell' atto *consumativo*, delitto mancato, e *utilità di pentimento*, sono termini contradittorii ed incompatibili.

Agli occhi dei seguaci della formula PER PARTE SUA, primeggia questa unica considerazione materiale: che al colpevole non *rimangano altri atti che debba*

fare egli secondo il disegno suo. Così lo scodellamento della vivanda avvelenata lo doveva fare il cuoco: la presentazione della scodella alla vittima doveva farla il cameriere: e lo ingerimento doveva farlo la stessa vittima. Sicchè secondo la scuola napoletana, e secondo il suo stesso pensiero, se lo avvelenatore era il cuoco, o il cameriere, siccome essi dovevano fare gli altri atti successivi, così non era a parlarsi rimpetto a loro di veneficio mancato. E questo pare a me il primo difetto della formula *per parte sua*, perchè sembrami repugnante che in faccia a nn individuo sia delitto mancato ciò che in faccia ad un altro non lo è. E più mi sembra repugnante che quello che per l' estraneo che gettò il veleno nel pentolo vuolsi veneficio mancato, cessi di esserlo se si prova che egli era d' accordo col cameriere. Poichè in questa seconda ipotesi, non potrebbe definirsi lo identico fatto come veneficio mancato per uno dei correi, e come semplice tentativo per l' altro correo. Eppure si verrebbe a questo, perchè il cameriere direbbe, a me *rimaneva a fare un atto ulteriore;* rimaneva che io portassi la scodella al padrone; ed io non l' aveva anche fatto; e poteva non farlo. Che sognate voi di veneficio mancato? Così lo identico fatto assumerebbe in faccia ai due correi un diverso titolo, contro la regola dei connessi. Oltre a ciò dove starebbe il tentativo prossimo del veneficio, se il getto del veleno nella vivanda esaurisse i termini di veneficio mancato? Infine (terzo assurdo) si punirebbero ugualmente con la pena del veneficio mancato colui che gettò il veleno nel pentolo, e colui che oltre averlo gettato nel pen-

tolo recò la vivanda alla vittima, e tenace fino all' estremo stette intrepido a vederla trangugiare la morte; dalla quale per la fortuita neutralizzazione del veleno venne poscia a di lui dispetto salvata.

§. 1179.

Queste assurde conseguenze ci costringono a ricondurre la questione a più vasti e generali principii. Quale influenza esercita sulla quantità del conato la circostanza che gli atti costituenti gli ultimi momenti consumativi o alcuno di loro si debbano fare da altri che non agiscono di concerto col colpevole (1)? La ipotesi può essere duplice. Gli atti successivi o possono doversi fare secondo le accidentalità del disegno da terzi ignari, o dalla stessa vittima; ma in ambedue le ipotesi non veggo diversità di condizioni giuridiche. Potrà dirsi che il colpevole ha *esaurito* la consumazione del delitto, quando ha fatto un atto che precede forse *di mesi* il momento della consumazione? Il zucchero avvelenato può essere stato posto nella mia villa dove mi recherò fra sei mesi. È stato teso un archibugio all' uscio della mia casa di campagna, dove ritornerò fra un mese: come può dirsi che sono esauriti gli atti della consumazione, quando secondo il progetto criminoso non è ancora giunta *neppure l' ora* in cui dovea consumarsi il misfatto? Quanti atti non devono essi intercedere prima che giunga l' ora della consumazione? Quanti eventi possono rendere inutile il getto del veleno nel pentolo? L' animale che rovescia il vaso; il cuoco che inavvertente lo versa nel vuotarlo; l' ani-

male che ruba la vivanda; il cameriere che nel recarla cade e la spande per terra; il padrone che non è tornato a pranzare in sua casa; il padrone che non ha appetito e dà la vivanda al cane. Come concepire un delitto mancato in faccia a quello intervallo di tempo, ed a questa serie di possibili impedimenti? Che importa che gli atti consumativi debbano per le accidentalità del disegno eseguirsi da altri che non è complice del giudicabile? È egli o no responsabile di questi atti il colpevole qualora siano avvenuti? Si certo che voi glieli ponete a calcolo; perchè dite (e a tutta ragione) che quel terzo ignaro è un cieco strumento del colpevole; che fu suo strumento la stessa vittima, la quale portando con la propria mano alle incaute labbra il veleno, si suicidò senza prevederlo. Questo cieco strumento operò secondo la volontà del colpevole, e il fatto di quello è fatto di questo: ed a questo voi lo imputate a ragione, perchè la criminosità di tali atti risale a lui. Ma dunque se gli atti eseguiti da un' altrui mano voi l' imputate al giudicabile nè più nè meno come se fossero stati eseguiti dalla sua mano quando furono eseguiti; voi dovete per giustizia e reciprocità scomputarli dalla sua imputazione quando non furono eseguiti, per il fine di concludere che il colpevole non aveva ancor fatto tutto quando il suo strumento non aveva ancora fatto tutto. Si esclude il delitto mancato quando rimaneva a fare qualche cosa per la possibilità dell' utile pentimento: ma io posso utilmente pentirmi tanto col non fare ciò che doveva far io, quanto col fermare lo strumento destinato all' atto ulteriore, o in qualsivoglia guisa procacciare ch' ei non agisca. Vi è dunque possibilità di

pentimento in ambo i casi: vi è identica ricorrenza della ragione somma di negare il delitto mancato. E si nell' uno come nell' altro caso il delitto non è imperfetto soltanto oggettivamente, ma è *imperfetto* anche *soggettivamente*. Io non veggo nello avvelenamento della vivanda il fatto consumativo del veneficio. Il veleno è propinato ad una vivanda, non è ancora propinato all' uomo. È esaurito tuttociò che occorreva ad avvelenare la vivanda: non è esaurito tuttociò che occorreva ad avvelenare l' uomo. Mi permetto dunque di dissentire dal mio insigne e riverito collega: e riassumendomi su questo punto concludo che la definizione del delitto mancato non può essere che *impersonale*.

(1) La cassazione di Francia 7 luglio 1814, in un caso in cui era stata la vittima stessa quella che aveva pòrto a sè medesima la vivanda avvelenata dal suo nemico parve ritenere che il fatto estrinsecasse i termini del tentativo anzichè del delitto consumato, e disse essersi bene inflitta la pena capitale, per la ragione che l' art. 2 adegua nella pena il tentativo al consumato delitto. Io non credo esatto cotesto modo di vedere. È atto consumativo di un reato anche quello che si pone in essere da un terzo innocente, e dalla stessa vittima, quando questi sono il cieco strumento del reo che nel suo scellerato disegno lascia alla loro mano il compimento dell' opera. Vedasi Carnot *art.* 301, *n.* 4 — Rauter *n.* 480: e specialmente Voet *ad pandect. ad leg. Cor. de sicar. n.* 14 — Van Berkhout *de homicidio pag.* 24 *et seqq.* La consumazione *oggettiva del veneficio* sta nella morte, la consumazione soggettiva nello *ingerimento* che siasi fatto del veleno nel corpo umano. Quando lo ingerimento è avvenuto non è più *tentativo*, ma o delitto *consumato*, o delitto *mancato* secondo che avvenne o no

la morte. Finchè non si ha lo ingerimento siamo sempre nei termini di mero tentativo.

§. 1180.

È a mio parere feconda di gravi difficoltà sulla indole del delitto mancato, la osservazione che fa lo stesso Roberti *(l. c.* §. 836) quando configura il caso di un avvelenatore che dopo aver dato il veleno alla vittima si penta, ed *egli stesso* spontaneamente porga alla medesima un tempestivo contravveleno (1). Sotto il punto di vista *politico-giuridico* io ammetto che debba trovarsi in ciò una causa speciale di attenuanza, od anche (se vuolsi) di completa scriminazione. Ma sotto il punto di vista *ontologico* (notisi bene la differenza) cotesto pentimento non distrugge la *essenza di fatto* del veneficio mancato; la quale è completa quando il veleno è stato ingerito con potenza micidiale nel corpo della vittima. Cotesta ipotesi non entra per niente nella sfera degli atti che costituiscono il delitto mancato. Gli scrittori, d'altronde rispettabili, che hanno sommato nella serie degli atti costituenti il tentativo la somministrazione del contraveleno, hanno evidentemente confuso due termini di fatto essenzialmente distinti, e distinti per guisa da non permettere per la loro eterogeneità di addizionarli nel compendio dell'azione criminosa. Confondono cioè il pentimento che *impedisce* la *esecuzione* dell'atto *consumativo del reato,* col pentimento che *impedisce gli effetti* dell'atto *consumativo già eseguito.* Nei primi termini il pentimento *trattiene* l'azione criminosa; nei secondi termini il pen-

timento *non trattiene niente* dell' azione criminosa; la quale ha corso tutta la sua linea, ha esaurito tutti i momenti suoi. Non è un' azione che presenti una deficienza nei suoi elementi subiettivi. L' azione è completa nelle sue condizioni di fatto: essa è definita ormai irretrattabilmente da queste. La somministrazione del contravveleno pel pentimento è un' *azione nuova* che incomincia il suo corso speciale. Questa azione nuova potrà meritare di essere pesata più o meno sulla bilancia della giustizia nel determinare la *pena;* ed anche potrà condurre il legislatore a creare del delitto mancato una *nozione giuridica* che non coincida esattamente con la sua nozione *ontologica* (2). E quando il dettato legislativo abbia ciò fatto, costituendo al delitto mancato una condizione ulteriore, diverrà vero per rispetto alla legge speciale ciò che in punto astratto di scienza non lo sarebbe; e ciò che sotto altra legislazione sarebbe forse un errore. In faccia a cotale nozione tanto è lungi che possa obiettarsi un delitto mancato prima che l' atto consumativo abbia avuto esistenza, che invece esso può sparire anche dopo tale atto per la sopravvenienza efficace del pentimento. Nè può farsi rimprovero al legislatore per cotesta deviazione dalla esatta verità della cosa, perchè obbedisce ad un sommo principio di ragione politica, la quale esige che con ogni studio si provochi il pentimento, in qualunque fase sia per riuscire tempestivo ad evitare un evento luttuoso.

(1) Sarebbe un equivoco evidente lo affermare che questa possibile utilità del pentimento anche dopo la esecuzio-

ne dell'atto consumativo sia una *specialità tutta particolare* del veneficio. Essa è comune a molte altre forme di delitto. Colui che ha gettato il nemico nel fiume, dove sarebbe inevitabilmente perito, può lanciarsi a nuoto per pentimento e salvarlo. La infanticida dopo aver collocato il bambino sotto i materassi per soffocarlo, retrocede, e pentita lo salva. Colui che appiccò il fuoco alla casa può tornare indietro, e spegnerlo prima che siasi allargato. Colui che recise l' arteria al nemico, sicchè in pochi minuti sarebbe cessata la vita di lui, può accorrere al chirurgo, e procurare spontaneo e tempestivo la allacciatura. Colui che appese il nemico pel collo ad un albero mediante fortissimo laccio, può tornare indietro, recidere il laccio, e rendere l' offeso alla incolumità della vita. Chi è che possa sostenere essere questa ipotesi una specialità del veneficio? Sarà questione di un intervallo più o meno lungo di tempo; perchè il veleno darà alla operazione utile del pentimento maggiore intervallo che non ne lascia il fuoco, l' acqua che annega, il sangue che sgorga, il laccio che stringe le fauci. Ma il primo fatto rimane in sè inalterato così nell' una come nelle altre ipotesi, e lo intervallo più o meno lungo non ha significanza nè ontologica nè giuridica.

(2) Se il pentimento interviene *prima dell' atto consumativo*, il delitto mancato sparisce per la ragione potissima ed irrecusabile che non esistette.

Se poi *dopo l' atto consumativo* interviene il pentimento, che fortunatamente è in tempo di riuscir utile, non più col *sospendere* l' atto consumativo ma col paralizzarne gli effetti nocevoli, il titolo di delitto mancato non cessa perchè non abbia esistito. Le sue *condizioni naturali* rimangono inalterate. Può bensì farsi cessare dalla legge positiva per una *condizione* che essa letteralmente vi imponga e questo è ciò precisamente che prevede e prescrive il codice Toscano (art. 46) la cui definizione del delitto mancato è sotto il punto di vista pratico la più bella che possa immaginarsi, benchè non da tutti a prima vista compresa. Il

codice Toscano, perchè possa punirsi alcuno come reo di delitto mancato, esige che lo *evento* non sia seguito per *un fortuito indipendente dal modo di agire del reo*, o *dalla sua volontà*. Queste due condizioni che a taluno apparvero una superfetazione, non lo sono altrimenti.

Quando la causa del non successo stette nel *modo scelto* dal delinquente, il delitto mancato non ricorre, perchè ne difettano le condizioni ontologiche. Il delinquente *non ha fatto tutto quello che era necessario* a procurare la lesione del diritto, poichè usò mezzi che avevano in loro stessi la causa di non riuscire. Ma quando tutte le condizioni *soggettive* del delitto mancato si realizzano nei termini del caso, se dopo lo esaurimento dell' atto consumativo è il delinquente stesso che impedisce la lesione del diritto per un nuovo atto della sua volontà, il legislatore toscano nega al delitto mancato, che materialmente sarebbe tale, la sua *condizione giuridica* per esser tale. Il fortuito che ha impedito la lesione del diritto è dipeso *dalla volontà dell'agente*. Sia pure un atto posteriore alla consumazione *soggettiva* del crimine mancato, la legge pur lo valuta pel fine di negare a cotesto fatto la imputazione di crimine mancato, perchè se veramente (come non può negarsi) quel pentimento posteriore fu un *fortuito*; fu però un fortuito che derivò dalla volontà dell' agente, che salutarmente cambiò per un colpo di sinderesi, e potè impedire gli effetti sinistri della malvagia volontà precedente. Il legislatore toscano calcola dunque il pentimento posteriore riuscito utile, per cancellare a carico del giudicabile l' obietto di delitto mancato, e porgli a debito soltanto il tentativo. E fa benissimo; e con tutta giustizia equità e prudenza. In virtù di cotesto precetto positivo sono dunque sanzionati i più veri principii della filosofia politica; in quanto che alla nozione ontologica del delitto mancato si fa prevalere una nuova nozione giuridica, che trae le sue condizioni non più dalla mera subiettività criminosa ma anche dai caratteri dello impedimento. Con ciò si dà la più conveniente definizione al *fortuito*, come estremo del delitto mancato.

È in questo punto che sta la coerenza del dettato legislativo ai principii giuridici; precisamente perchè fra gli estremi essenziali del delitto mancato vi è quello del *fortuito* che abbia impedito la lesione del diritto. Ma altro è sempre (e ben altro davvero) il dire, in questo caso non vi è delitto mancato, perchè il reo dopo avere gettato nel fiume la vittima, lanciossi egli medesimo per una sinderesi salutare a salvarne la vita; e perciò allo impedimento mancò il vero carattere di *fortuito*, quale lo ha definito e voluto il codice Toscano. Altro sarebbe il dire, che nel fatto di gettare un uomo nel fiume non vi fu delitto mancato quando ei fu salvato da terze persone, *perchè avrebbe potuto* salvarlo lo stesso delinquente se pentivasi in tempo. Nel secondo caso il fortuito è indipendente dalla volontà del reo. Nel primo caso è dipendente esclusivamente da lui; onde lo equiparare i due termini sarebbe lo stesso che cadere nel sofisma di assimilare la potenza all' atto. Questa dottrina si è recentemente censurata, facendole rimprovero di equiparare due casi che sono diversissimi tra di loro; cioè il caso del tentativo impedito per un fortuito, e il caso del delitto mancato a cui sia stato impedito il risultato nefasto per il pentimento posteriore dello agente. È un errore (si è detto) dichiarare come ugualmente spettanti alla classe dei tentativi queste due ipotesi fra le quali intercede tanta disparità; e qui si è spaziato nella facile dimostrazione delle disparità che intercedono fra ipotesi e ipotesi. Ma il rimprovero di viziosa equiparazione è sempre vago e mal fondato, quando si fa ad una legge che novera un atto in una data serie, la quale per sua natura presenti una infinita graduabilità, come è appunto la serie dei tentativi. Nelle diverse fattispecie di tentativo, fra certe forme e certe forme vi sono e vi saranno sempre inevitabilmente delle differenziali. Ma che per ciò? Non dovrà dirsi per questo che sono tentativi sì gli uni come gli altri? Grave errore sarebbe, se per evitare l' apparentemente viziosa adequazione delle due fattispecie nel tentativo, che ammette infinità di gradi, se

ne tenesse ferma la esorbitante adequazione nel delitto mancato, che non ammette graduabilità in quanto alla sua forza fisica soggettiva.

§. 1181.

Altra questione delicata può sorgere nel caso di un veneficio continuato. Le donne che, quantunque appartengano al sesso che si vanta più morale, sono oggi espertissime avvelenatrici come lo erano diciotto secoli addietro (1), prediligono il sistema di dare il veleno ai loro mariti a piccole dosi, sicchè la morte se ne venga lentamente, e il veleno simuli meglio le sembianze di malattia naturale. È il caso celebre della *Lafarge* susseguito dalla morte. È il caso della *Galavresi* ripetutosi a Milano nel 1863 senza conseguenza di morte, perchè dopo diversi mesi di continuata propinazione fu scoperta la scelleraggine, e riparatine i danni dall' arte medica. Nel primo caso poteva egli obiettarsi il titolo di veneficio continuato? Ecco la prima questione, che io già proposi nel mio *Programma* a §. 517, nota 1.ª: ed è assai delicata, non sembrando a molti possibile il titolo di *omicidio continuato* rapporto ad uno stesso individuo, perchè l' uomo non può morire più di una volta. Nel secondo caso vi era egli omicidio mancato, o semplicemente tentato? Questa dimanda io mi faccio rimpetto alla scienza, senza cercare ciò che possa essere stato deciso subordinatamente alla varietà dei diritti costituiti. La ragione di dubitare nasce da questo: che la morte, nello stesso disegno dello agente, non doveva essere il resultato

delle venti pozioni che si erano propinate, ma di altre venti, per esempio, che si dovevano propinare in seguito e che furono impedite. Sotto questo punto di vista parrebbe che il veneficio mancato non vi fosse; ammenochè l' accusa non dimostrasse che le propinazioni già fatte erano di per loro sufficienti a condurre un uomo alla tomba, sebbene più lentamente, ove non fosse intervenuto lo scuoprimento del crimine e per conseguenza la idonea cura.

(1) Ricorda Quintiliano (*declamat.* 10) come sentenza ricevuta appo i romani, *latrocinium facilius in viro, veneficium in foeminis praesumitur.* Il veneficio è il delitto delle anime vili. È celebre come in Roma istituta una questione speciale sul veneficio conducesse alla condanna 170 matrone, secondo Livio (*Hist.* 8, 16). Il De Amoeno (*de maleficiis*) così si esprime su questo proposito — *universaliter si de veneno dato suspicio est in viro et in foemina, urgentius est judicium in foemina quam in viro: ratio est quia foemina magis iracunda et vindictae appetens est quam vir; et quia ratione sexus pusillanimis est, et aperte ulcisci de inimico non valet, ad fraudes convertitur, et veneno vindicat se. Et profecto legimus apud* Diodorum Siculum, *mulieres primas inventrices veneni fuisse; et eas venenis magis uti quam viros, advertit Lyranus ad Exod. cap.* 22 *vers.* 18.

§. 1182.

Taluno denunciò come difficilissimo nel veneficio determinare i confini tra gli atti preparatorii ed il conato punibile (1). Io non veggo che questo reato presenti su tal proposito nessuna difficoltà speciale. La

univocità sconfina il conato remoto dagli atti preparatorii. D' ordinario acquistare il veleno e mischiarlo ancora in una sostanza nutritiva, potrà dirsi atto preparatorio finchè rimarrà equivoco se quella preparazione si faccia per uccidere un animale od una creatura umana. Ma quando le circostanze del fatto rendano certi, che la vivanda si avvelenava per il fine preciso di uccidere con quella un nemico, non potrà non dubitarsi della esistenza giuridica di un conato. Sarà un conato remoto finchè la vivanda corrotta non si presenti alla vittima designata. Un legislatore potrà dire, non voglio che il conato remoto si punisca; ma non potrà dire che questo non è conato, perchè ciò che per la natura degli enti o materiali o giuridici è, non può cessare di essere per la parola del legislatore. Quando poi la vivanda infetta si è presentata alla vittima, poichè l' azione incomincia a svolgersi alla presenza sul soggetto passivo della consumazione, il conato dalla condizione di remoto passa a quella di prossimo; per poi trascendere nel delitto mancato, quando sia eseguito lo ingerimento del veleno nel corpo della vittima, ma lo effetto letale non sià avvenuto per una accidentalità. Finchè la *Lafarge* preparava le confetture avvelenate, poteva dire di prepararle per i topi del *Glandier;* e la sua azione per mancanza di univocità coprirsi sotto l' egida degli atti preparatorii. Appena la *Lafarge* aveva spedito la cassettina dei confetti avvelenati al suo marito, la univocità della sua azione era comparsa, ed erano così sorti i termini del conato. Finchè le ree confetture erano in viaggio, il conato non era che remoto. Quando il marito le aveva ricevute

il conato era divenuto prossimo: in tale stato giuridico rimaneva finchè il marito non se ne era cibato: e per quanto la donna non avesse altra operazione da fare, non si aveva niente di più che un conato, perchè il di lei pentimento poteva essere utile quando fosse salita in posta, e giunta in tempo per impedire che il marito si cibasse di quelle paste; e perchè solo in questo atto della deglutizione stava il momento consnmativo dell' azione scellerata. Si aveva il veneficio mancato quando il marito (cieco strumento esecutore del disegno malvagio) si era cibato di quella roba, se la morte non avveniva per un caso indipendente dalla potenza micidiale della medesima. Si veda ciò che in punto di vista generale io scrissi in proposito di queste delimitazioni nelle mie lezioni sul tentativo, e si troverà che se la formula da me suggerita pnò incontrare difficoltà in qualche specie di delitto, non è certamente il veneficio quello che la presenti. Nè si complica il caso dalla circostanza che nel veneficio possa essere utile il pentimento anche dopo l' atto consumativo. Quest' obietto nasce dalla confusione fra la nozione ontologica del delitto mancato, che ho avvertito a §. 1180, e la nozione giuridica che ne abbia dato qualche legislazione (come per esempio il codice Toscano) secondo ciò che ho osservato nella nota 2 al detto §. 1180.

(1) Vedasi per largo Van der Veen nella dissertazione de *conatu delinquendi*. Esso, a *pag.* 25, sostiene che lo avvelenamento di una vivanda non è che un atto preparatorio, e che non diviene un conato punibile finchè la vivan-

da infetta non è presentata alla vittima. Così questo scrittore vede un *atto preparatorio* dove Roberti vide un delitto mancato. Bisogna però distinguere le condizioni del fatto. Se il colpevole preparò la vivanda in *casa propria* potrà non vedervisi ancora la univocità, e adeguarsi questo fatto alla compra e alla triturazione del veleno. Ma se la vivanda fu avvelenata nella casa della vittima, e se quella vivanda aveva già la destinazione determinata al vitto di esseri umani, la univocità è sorta e non siamo più nel cerchio degli atti meramente preparatorii.

§. 1183.

Altra elegante questione sorgeva nel caso *Bocarmé* nel quale quello infelice essendosi accorto che gli si dava il veleno ricusò beverlo: onde i micidiali lo presero a forza e violentemente gli gettarono giù per gola il veleno. Fu ritenuto il titolo di veneficio. Ma io credo, come lo pensa un mio distinto collega, che ciò fosse un errore: perchè mancava la *insidia* che è la nota caratteristica del veneficio (1). Il veleno violentemente e apertamente usato è uno strumento di morte che non ha più niente che lo distingua dal ferro, dal fuoco, dal bastone, dal sasso. Vi è la violenza; non la insidia. È per questo concetto che nella definizione del veneficio io posi la parola *latentemente*.

(1) Già il Bossio con altri pratici, e il Renazzi (*lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 4, *n.* 2) avevano fatto dell' *occulte* e del *clam* un estremo del veneficio. Ho udito disputare se debba punirsi come veneficio o come omicidio il fatto di chi ferisce altri con arme avvelenata. Propenderei che non fosse veneficio nel caso ordinario. Ne dubiterei però quando

l' arme infamemente avvelenata si fosse adoperata in un duello. Nei casi ordinari la violenza prevale sulla insidia, nel caso del duello la insidia è culminante. Gli elementi del veneficio furono assai esattamente descritti dal Marocco *difese criminali vol.* 1, *pag.* 104.

§. 1184.

La penalità del veneficio è stata in tutti i tempi e giustamente la più severa fra le irrogate agli omicidii qualificati (1), tranne quella del parricidio. Il codice Toscano per un concetto generale ha bandito questo titolo, come ha bandito i titoli di parricidio, di prodizione, di latrocinio, di assassinio, facendo guerra anche in questa parte ai vecchi nomi, come aveva fatto nella teoria della complicità. Anche qui la idea di riassumere tutte le qualifiche nella premeditazione, procede dall' osservare che difficilmente può verificarsi un veneficio che non sia premeditato (2). È però un fatto che con codesto sistema tutto che si è detto ed insegnato per parecchi secoli, e che ho ripetuto di sopra, in ordine alla odiosità speciale, al maggiore spavento, e alla conseguente maggior quantità politica della uccisione per veleno, diviene parola morta; e rimane una speculazione di ornato senza utilità pratica, poichè il veleno non conduce nella penalità toscana ad una linea di punizione maggiore; non ha il peso di un atomo sulla bilancia fatale.

(1) Fu tale appo alcuni popoli lo aborrimento contro il veneficio, che trascesero alle più esorbitanti disposizioni.

Gli Egizi punirono di morte il solo possesso del veleno. Anche i Romani esaurirono la severità delle leggi penali contro gli avvelenamenti; ma senza pro: narra Livio (*lib.* 8, *decad.* 1) che i soli pretori Claudio e Mevio condannarono più di tremila cittadini per veneficio. La sapienza greca aveva invece considerato il veneficio come uguale a qualunque altro omicidio premeditato. Il codice Toscano ha riprodotto questo pensiero, onde appo noi più non si venera il dettato romano *plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio*. Se i veneficii sono oggi di tanto diradati, non si deve alla severità dei supplizii, ma ai progressi della chimica, che hanno diminuito la speranza della impunità in questo delitto.

(2) La presunzione di premeditazione nello avvelenamento si mantenne come regola anche dai criminalisti più autorevoli. Anton Matteo (*ad lib.* 48, *ff. tit.* 5, *cap.* 5) Kock (§. 494) Cremani (*lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 1, §. 1) e tutti generalmente gli istitutisti del passato secolo, riprodussero cotesto pensiero. Che il veneficio presenti un criterio speciale di gravità per la insidia e la difficoltà di difendersene, è cosa incontrastabile. Ma non è altrettanto vera l' affermazione che esso debba essere sempre premeditato, ed ognuno lo comprende; sarà raro, rarissimo un veneficio d' impeto; ma pure non è impossibile. Questa idea che io sempre ho professato, ha avuto non ha guari una conferma pratica in un caso verificatosi avanti la Corte Regia di Lucca, nel quale la medesima dovette riconoscere la esistenza di un veneficio commesso *per moto improvviso di animo*. Trattavasi di un subalterno, al quale reso noto che il suo superiore ne avea ordinato la traslocazione in linea di pena, ne concepì subito sdegno: e visto che si preparava il pranzo pel superiore; e ricordandosi che teneva per suoi usi una piccola bottiglia di acido solforico, corse a prenderla; e ne gettò una quantità nella bottiglia del vino destinata pel suo superiore, che però non riportò nessun danno, per essersi accorto al primo sorso del sapo-

re acre del vino, ed averlo sputato. La Corte, che ritenne il titolo di *tentativo di lesione grave*, dichiarò altresì *non constare* che fosse commesso *al seguito di premeditazione*, ma sì *per moto improvviso di animo*. Questa decisione è del 9 agosto 1864 in causa contro Giovanni Cavicchi. Tanto basta perchè trovisi giusto il pensiero del legislatore toscano: avvegnachè quando il veneficio sia (come più spesso lo sarà) premeditato, incontrerà sufficiente repressione nella pena estrema che il Codice infligge alla sola premeditazione; e quando avvenga che non lo sia, sarà serbato il riguardo che è di giustizia al diverso grado del dolo. Ma torno a dire che il pensiero del codice Toscano, non è altrettanto giusto sotto l' altro aspetto che ho notato di sopra; inquantochè parificando nella pena l' omicidio premeditato che si eseguisca con veleno, all' omicidio premeditato che si commetta con altro modo meno pauroso, rimane in sostanza senza aumento di repressione la qualità più odiosa della insidia.

CAPITOLO VII.

Criterii misuratori della quantità politica *nell' omicidio, desunti dalla* causa.

§. 1185.

La *causa* di uccidere non può neppur essa influire per modo alcuno sul danno immediato, e non può per conseguenza modificare la *quantità naturale* dell' omicidio. Essa è per altro di altissima influenza sul danno mediato, e per virtù di tale influenza modifica la *quantità politica* di questo reato. Ma siffatta modificazione può in ragione della causa verificarsi o *in più* o *in*

meno. Si verifica *in più*, quando la causa di uccidere fu tale, che più facilmente ogni cittadino apprenda come più probabile il proprio personale pericolo; o come più difficile ripararsi sotto il presidio della propria vigilanza, o delle private forze. Si apprende come più probabile il proprio pericolo in faccia alla causa di lucro, alla causa brutale, ed alla causa di trasversale vendetta; perchè non basta a fare tranquilli la certezza di non avere nemici, la innocuità della vita, ed ogni umana prudenza. Si apprende a ragione come assai più difficile guardarsi o difendersi da un nemico, benchè conosciuto, quando costui adopera alle sue vendette il braccio di un sicario, che noi non possiamo sapere in quale individuo si asconda. Quindi fra gli omicidii qualificati per la *causa* primeggiano i quattro titoli di *latrocinio; assassinio;* omicidio *per libidine di sangue;* e *per vendetta trasversale.*

Ma la causa di uccidere può anche esser tale che circoscriva l'apprensione del proprio pericolo nei cittadini, entro limiti più angusti che nell'omicidio ordinario: e ciò avviene quando l'essere umano fu spento per tale cagione, rimpetto alla quale nessun cittadino ha motivo di tremare per sè. Ciò si verifica nello *infanticidio;* e poichè la scienza moderna, ed i codici contemporanei hanno fatto dello infanticidio un titolo speciale per il fine di minorarne la pena, noi piuttosto che ripetere la ormai inaccettabile collocazione di questo titolo nella serie degli omicidii qualificati dal vincolo del sangue, amiamo meglio riferirlo alla serie presente; ed a suo luogo ne svilupperemo i motivi.

Così per ragione del criterio speciale desunto dalla *causa*, abbiamo occasione di parlare distintamente dei cinque accennati titoli.

TITOLO I.

Latrocinio.

§. 1186.

Dicesi latrocinio (1) *l' omicidio commesso per fine di lucro*. Questa definizione che è di Boehmero, riassume in concisi termini il criterio *essenziale* del latrocinio (2). Esso si compone di due estremi; cioè il *lucro* come *fine;* la *uccisione* come *mezzo.*

(1) BIBLIOGRAFIA — Kemmerick *Synopsis juris criminalis tit.* 4, *pag.* 38 — Boehmero *Elementa juris criminalis cap.* 17 — Meister *Elementa juris criminalis* §. 95, *pag.* 54 — Caravita *Institutionum criminalium lib.* 1, *cap.* 15 — Hommel *Rhapsodiae observat.* 47 — Lauterbac *Dissertationes diss.* 12 — Cremani *lib.* 2 *cap.* 5, *art.* 5 — Poggi *lib.* 3, *cap.* 11 — Paoletti *lib.* 3, *tit.* 16 — Kock *lib.* 2, *cap.* 36.

(2) La *grassazione* (parola usata da qualche codice moderno) configura una delle specie di *latrocinio*, ma non si identifica completamente con questo titolo: *grassatores* (dice la *leg.* 28, §. 10 *ff. de poenis) proximi latronibus habentur :* e sembra si usasse a designare propriamente quelli che aggrediscono armati alla strada per fine di spogliare, ancorchè non abbiano intenzione di uccidere. Onde i *grassatores* si trovano anche indicati con la frase *obsessores viarum:* Poggi *lib.* 4 §. 55. Vedasi avanti §. 2199.

§. 1187.

La parola *lucro* indica qualunque vantaggio, sebbene esiguo, che si agogni conseguire mercè la uccisione: sia in *denaro* o in *altra* cosa appetibile; sia *presente* o *futuro;* sia la semplice *remozione di un danno*, purchè non minacciato ingiustamente dall' ucciso. Carpzovio *(quaest.* 22, *n.* 52) disse latrocinio la uccisione del marito per isposare la vedova. Cremani *(art.* 5 §. 2) la uccisione della femmina stuprata. Poggi (§. 85) l' omicidio commesso per non pagare il legato o non dare gli alimenti. Mori la uccisione del competitore all' impiego.

§. 1188.

Quando vi fu il *lucro* come *fine*, benchè vi si unisse come concausa anche l' odio, non varia il titolo, purchè rimanga il lucro come una delle cause impulsive al delitto.

§. 1189.

Ma il lucro dev' essere *fine*, e l' omicidio *mezzo*. Non basta dunque che concorra un furto con un omicidio, se questo non è preordinato a quello. Disputarono quindi i dottori se il ladro uccidendo il padrone che lo sorprese, si renda debitore di latrocinio. Paoletti (*pag.* 221) lo negò se aveva ucciso dopo rubato. Carpzovio (*quaest.* 22, *n.* 56) lo affermò: e la Cassazione di Firenze con decreto del 25 gennaio 1842

seguì questa seconda dottrina. Ma il problema non può sciogliersi con una regola costante. Bisogna tener l'occhio al fine. Se il ladro uccise per assicurare la roba, è reo di latrocinio. Se uccise perchè fu minacciato, o temette della propria persona, è reo di furto con omicidio: Poggi §. 82.

Del pari se alcuno dopo avere ucciso altri in rissa si risolva istantaneamente a spogliare il cadavere, non si ha latrocinio, ma omicidio con furto: Raynaldo *voto* 152, *n.* 12.

Del pari se l'uno uccide e l'altro ruba senza comunicazione d'interesse, si ha un furto ed un omicidio separati, dei quali rende conto il respettivo (1) loro autore: Cremani *art.* 5, §. 7.

Del pari se di più masnadieri l'uno uccide il viandante che ha aggredito, e i suoi compagni non fanno che spogliare gli altri viandanti; questi, tranne la prova del concerto *ad necem*, non sono complici di latrocinio: Poggi §. 89.

(1) La Corte di Cassazione di Torino con giudicato dell' 11 decembre 1865 disse in modo perfuntorio che la sola *contemporaneità* dell' omicidio col furto bastava a mostrare che quello era commesso per il fine di consumar questo. Siffatta massima non è accettabile in senso assoluto: potendo benissimo accadere che taluno uccida altri in una rissa e poscia derubi l' agonizzante per una istantanea risoluzione, come può accadere che taluno commetta un furto, e sia poscia condotto ad uccidere persona sopraggiunta perchè questa lo abbia eccitato a subito sdegno col percuoterlo, o lo abbia mosso a grave timore minacciandolo della vita. In siffatte ipotesi si avrà la contemporaneità del furto e dell' omicidio, e nonostante non potrà dirsi che quello fu

il fine di questo; nella quale connessione soltanto sta la condizione giuridica del latrocinio. Incriticabile invece fu il giudicato della Corte di Cassazione di Palermo del 28 aprile 1866 che stabilì essere necessario onde rendere il complice del furto partecipe del latrocinio commesso dal suo compagno, che quello abbia non solo dato opera al furto, ma abbia eziandio partecipato o fisicamente o moralmente all' omicidio.

§. 1190.

Il titolo di latrocinio attiene all' ordine degli *omicidii* per la prevalenza del mezzo sul fine. E il furto (notisi bene) lo qualifica non in quanto alla sua *materialità*, ma in quanto intervenne come *fine* che determinò alla strage, perchè la ragione della qualifica non sta nella *violazione di più diritti* (di vita e di proprietà) ma nella maggiore diffondibilità dello allarme: perchè in faccia a chi uccide per fine di rubare non vi è più vita che possa dirsi sicura. Laonde io non crederei che lo avere ucciso senza giungere a consumare il furto fosse circostanza minorante la imputazione, e potesse considerarsi come diminuzione della *quantità politica* del malefizio. Di qui parecchie regole:

1.º Quando intervenne il *fine di lucro*, e l' omicidio fu consumato, è *consumato* il latrocinio, sebbene per qualsivoglia cagione non siasi consumato il furto, nè conseguito il lucro: Carpzovio *quaest.* 22, *n.* 39 — Poggi §. 87 — Giuliani *tom.* 2, *pag.* 239.

2.º Per avere il latrocinio tentato non basta che sia consumato il furto, e ferito il possessore o custode della cosa rubata, bisogna che risulti essersi ferito col

fine di ucciderlo. Altrimenti non si avrà che un furto violento: Poggi §. 86.

3.º Non basta che siasi ferito il proprietario con animo di ucciderlo; e lasciatolo per morto, siasi consumato il furto. Se il proprietario risana non si ha latrocinio consumato, ma o tentato o mancato: Cremani *art.* 5, §. 3.

4.º Il conato sarà più o meno *prossimo*, secondo che gli atti saranno stati più o meno vicini, non al furto, ma all' omicidio (1).

(1) Pongasi che siasi ucciso alcuno per torgli di dosso le chiavi di un' abitazione assai distante di là, e con quelle introdursi a rubare: e pongasi che dopo l' attentato alla persona i colpevoli siano stati arrestati ed impediti di accostarsi al luogo dove intendevano rubare. Se il fatto si classasse nella serie dei furti avremmo qui un conato semplicemente *remoto* per lo intervallo che tuttavia separava lo agente dal soggetto passivo destinato al furto. Ma perchè il latrocinio si classa invece tra gli omicidii qualificati dal fine, così nella fatta ipotesi si avrà il latrocinio consumato se l' uomo fu spento: e se questi fortunatamente sopravvisse si avrà un conato *prossimo* (ed anco un latrocinio mancato) quantunque lunga serie di atti restasse a compiere pria di raggiungere la consumazione del furto.

§. 1191.

La penalità del latrocinio dev' essere sempre maggiore di quella del furto violento, per non dar motivo ai ladri di uccidere i proprietarii. Quei legislatori che dimenticarono tale precetto sanzionarono una ingiustizia ed aumentarono i pericoli della vita dei cittadini.

Titolo II.

Assassinio.

§. 1192.

La parola *assassinio* (1) si usurpò per indicare qualunque omicidio premeditato dal codice Francese articolo 296 (2), e dal codice Sardo art. 526; che ne imita l' inesatto linguaggio (3). Ma nel linguaggio classico della scuola la parola *assassinio* indica *l' omicidio commesso per ordine e conto altrui.*

(1) Bibliografia — Kemmerick *Synopsis juris criminalis tit.* 4, *pag.* 37 — Boehmero *Elementa juris criminalis cap.* 18 — Meister *Elementa juris criminalis* §. 91, *pag.* 52 — Caravita *Institutionum criminalium lib.* 1, *cap.* 37 — Lauterbac *Dissertationes disc.* 12 — Strykio *Dissert. de jure blanditiarum cap.* 6; *et dissert. de mandato delinquendi vol.* 6, *diss.* 16, *pl.* — Flemming *De mandato rei illicitae* — Kock *Inst. lib.* 2, *cap.* 35 — Renazzi *lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 3 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 4 — Paoletti *lib.* 3, *tit.* 10 — Poggi *lib.* 3, *cap.* 10 — Carmignani §. 933 *et seqq.* — Giuliani *tom.* 2, *pag.* 239 *e segg.*

(2) Nell' antica pratica francese la parola assassinio (*assassinat*) si usava nel suo proprio significato di omicidio per mandato, come osserva Rousseaud de la Combe *pag.* 86. Pare secondo questo scrittore che l' applicazione della parola *assassinio* all' omicidio premeditato (che oggi è divenuta comune in Francia, e che dalla Francia si è voluta ricondurre fra noi dal codice Sardo) avesse origine dalla

confusione dei due termini nella ordinanza criminale del 1670 (tit. 1, art. 12). Anche Wan Hasselt (*dissertatio ad art.* 295 *pag.* 8, e 11) mentre ripete la storia della parola assassino, dimostra che anche in Francia ai tempi di Iousse con la parola *assassinat* denotavasi l' omicidio per mandato. Il D' Anethan (*de meditato delicto pag.* 43) va più per la diritta: egli sostiene che la parola francese *assassinat* è radicalmente diversa dalla parola *assassinium*. Cosicchè secondo questo scrittore il difetto sarebbe stato dei traduttori che volsero la prima nella seconda voce. Del resto questa variata significazione della parola *assassinio*, è passata ancora in molti altri codici contemporanei. Così hanno abbandonato il significato classico della parola, il codice Parmense del 5 novembre 1820, art. 306; il traduttore francese del codice Bavaro del 1813 art. 146; e il traduttore del codice Prussiano del 1851, art. 175. Malgrado ciò noi ci atteniamo all' originario significato di cotesta parola, in conformità della pratica costante delle scuole e tribunali toscani. Nel linguaggio italiano colui che uccide altri a caso pensato, non si chiama *assassino*, se non per similitudine. Dicesi mi ha assalito *come un assassino*, e la similitudine denota appunto che il significato *proprio* della parola sarebbe diverso.

(3) Fra i criminalisti contemporanei è piaciuto anche al Pessina di rendere ecumenica la parola *assassinio*; designando con quella — 1.° l' omicidio premeditato e con aguato: — 2.° l' omicidio per mandato: — 3.° l' omicidio che ha per fine un altro reato — 4.° l' omicidio *innoxii pro noxio*. Io rispetto il piacimento di tutti: ma in articolo tecnologia preferisco rispettare piuttosto il linguaggio delle nostre scuole e degli antichi scrittori; sì perchè ciò mi mette in più facile comunicazione coi miei maestri, come perchè lo attribuire ai diversi fatti un diverso nome che li distingua, giova alla trattazione dei relativi problemi, e ne rende spesso più facile la soluzione. Con molta esattezza il Pessina delinea a *pag.* 26 la importante teorica dei

motivi proprii. Ma io non credo che l'aumento della quantità politica nell' omicidio per mandato possa ragionarsi sulla duplicazione delle forze del delitto. E nol credo — 1.° perchè l' esecutore è sempre uno solo — 2.° perchè se in codesta considerazione della duplicazione delle forze, stasse la ragione del criterio, bisognerebbe che l' omicidio commesso da due che insieme lo hanno concertato, si punisse più che l' omicidio concertato fra due ed eseguito dal solo sicario. La vera ragione della odiosità maggiore che incontra la strage conduttizia sta a mio giudizio unicamente nell' aumentato pericolo, perchè la vittima in faccia all' omicidio per mandato non sa da chi guardarsi.

§. 1193.

Trovasi però divergenza nella scuola intorno alla circostanza della *mercede.* Avvegnachè i più definiscano l' assassinio — l' omicidio commesso *per ordine e conto altrui in vista di una pattuita mercede:* e così applicano la denominazione di assassinio a quell' omicidio che la *lex quaero ff. de poenis* chiamò omicidio conduttizio. E fanno in tal guisa un criterio *essenziale* della pattuita mercede. Così l' Anton Matteo, Kemmerick, Boehmero, Kock, Poggi, Renazzi, Paoletti, Meister, Giuliani, Puccioni.

Al contrario Cremani e Carmignani tolsero quell' adietto dalla definizione, e non tennero come estremo dell' *assassinio* il patto di mercede. Laonde dissero assassinio *semplice* quello non prezzolato; e assassinio *qualificato* quello ove il patto di mercede aveva mosso il braccio del sicario. Tale opinione potrà essere forse più vera in faccia alla etimologia storica della pa-

rola (1). Ma è indubitato che la comune scuola trova nella *mercede* il criterio essenziale di questo titolo, e che se si medita la ragione politica di tale aggravante, la medesima conduce ad esigere la mercede. Infatti ciò che rende di gran lunga maggiore lo spavento che genera l'omicidio commesso per mandato, è la troppa facilità che può avere uno scellerato potente a trovare sicari mediante denaro; e quindi la difficoltà grande nella vittima a difendersi contro un assalto che non si sa da qual lato sarà per venirci. Un omicidio commesso per conto altrui, ma senza veduta di premio, suppone uno straordinario legame o benevolenza nello esecutore, che gli facciano dimenticare le leggi religiose, morali, e politiche, e correre al proprio sacrifizio per soddisfare la passione di un altro. Tale abnegazione e tale eroismo in un delinquente sono difficili a verificarsi, e facili ad antivedersi; perchè sapendo di avere un nemico, potrò guardarmi non solo da lui, ma anche da altro che conosca a lui legato di tanto stretta amicizia. Laddove il sicario prezzolato non so in quale individuo potrà realizzarsi; e perciò temo di tutti. Il mandato gratuitamente assunto ad uccidere può verificarsi facilmente in un settario, che uccida per ordine del suo superiore nella setta. Ma io dubiterei grandemente che l'omicidio eseguito dal settario per deliberazione della setta non potesse con esattezza dirsi commesso per conto altrui, ma piuttosto per conto proprio; poichè si eseguisce in obbedienza ad una fede comune per un sentimento a sè proprio, e s'intende a soddisfare la passione propria più che l'altrui. Sicchè nelle ordinarie relazioni della vita, l'uo-

mo che genera maggiore spavento è il sicario prezzolato. Carmignani stesso (§. 937) viene a dirci che quando non intervenne la *mercede*, la ragione della qualifica non sta nella *causa*, ma nella *premeditazione:* e questo è verissimo. Ma con ciò parmi che egli medesimo rinneghi la dottrina che precedentemente ha accolto nella sua definizione: perchè se la qualifica non sta nella *causa*, ciò vuol dire che non si abbia più un assassinio; ossia (lascisi la questione del nome) non si abbia più un fatto che trovi sede in questa categoria di omicidii qualificati per la *causa* (2).

(1) I Romani se conoscevano l' omicidio commesso per mandato e con mercede, come apparisce dalla *leg.* 39, *ff. de poenis*, non ebbero però un nome speciale per designarlo. La paroia *assassinio* ebbe origine nel medio evo all' epoca delle Crociate. Esistevano a quel tempo certi popoli detti *Assassini*, abitanti nei dintorni del Monte Libano, e dominati da un Re chiamato Arsacide o Vecchio della Montagna. Costui allettava dei giovani a lui ciecamente sommessi ai quali commetteva la strage dei principi suoi nemici. Durante le Crociate inviava i suoi sudditi travestiti alla europea nel campo dei cristiani, affinchè fingendosi del numero dei Crociati, li trafiggessero proditoriamente: e non gli fu difficile trovare tra cristiani stessi chi prestasse a lui l' opera sua nella distruzione dei fedeli. Tanto fu il timore che per queste uccisioni si concepì dai cristiani, che molto se ne rallentò la bramosia di partire per le Crociate; ed Innocenzo IV (an. 1249) ad assicurar gli animi dovette minacciare severissime pene contro chi si fosse valso per uccidere dell' opera degli *assassini*, come dal *cap.* 1, *de homicidio in X.* Dal nome di quei popoli si chiamò quin-

di *assassinio* qualunque uccisione commessa per mandato e per mercede: e coerentemente a tale etimologia nelle antiche scuole si chiamava *assassinio proprio* quello che si commetteva da un infedele contro un cristiano, ed *improprio* quello che si commetteva tra cristiani. Tale etimologia viene comunemente accettata: Paolo Emilio *de reb. gestis Francor. lib.* 5 — Boehmero *jus ecclesiast. lib.* 5, *tit.* 12, *n.* 26 — Deciano *tract. crim. pars* 2, *lib.*9, *cap.* 30 — Renazzi *lib.* 4, *par.* 4, *cap.* 3, §. 1 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 4, *n.* 1 *et* 2 — Giuliani *vol.* 2, *pag.* 241.

(2) La mercede è tenuta come circostanza aggravante dal Carpzovio *quaest.* 7, *n.* 31. Ciò porta alla conseguenza che il Carpzovio riconosce titolo di *assassinia*, anche dove non intervenga la mercede. La stessa opinione si accetta da Cramer *abs. juris. tom.* 5, *obs.* 1329, *n.* 6, *pag.* 141 — Lauterbach *diss.* 12, *thes.* 30, *n.* 3. Invece il Richter (*de homicidio th.* 6) richiede la mercede come estremo: seguendo la opinione del Farinaccio (*quaest.* 123, *n.* 19) e del Claro, §. *assassinium, et* §. *hamicidium n.* 11.

§. 1194.

Non è peraltro impossibile a concepirsi che il mandato ad uccidere sia dato in un impeto di collera, ed eseguito istantaneamente: e così senza premeditazione da nessun lato. Suppongasi che taluno venuto a disputa, ed insultato da un uomo a lui superiore di forze, si volga ad un astante, e gli dica — ti do cento scudi se tu l' uccidi: e questi immediatamente brandisca il pugnale ed uccida. Cosa trovate d' impossibile in codesta ipotesi? Dessa è anzi ben verosimile. Ecco l' importanza di definire la *ragione* della qualifica. Se essa sta nella sola premeditazione, non vi è nella fatta ipo-

tesi alcuna qualifica; anzi può nel mandante esservi una degradazione, perchè provocato. Se invece la ragione della qualifica sta nella mercede, essa ricorre nella fattispecie. Si meditino dai giovani studiosi queste combinazioni per farli persuasi che certe dispute di nozioni e di nomi non sono quisquilie accademiche; ma si verificano nel fôro in questioni palpitanti, che decidono spesso della vita di un uomo: e si persuadano che il diritto criminale non è tanto facile e piano quanto a prima vista può sembrar loro.

§. 1195.

Tenuta come criterio essenziale la mercede nell' assassinio, ripetesi qui ciò che notammo in proposito del lucro nel latrocinio. È indifferente che la mercede sia *grande* o *piccola;* in *denaro* o *roba*, o altra cosa appetibile (1) *data* o *promessa*, a parola o in scritto. Può trovarsi anche nella condonazione di un debito, o di un delitto. Non basta però che sia *sperata* soltanto, nè vagamente *congetturata* dall' uccisore. Vi vuole la *convenzione* positiva.

(1) Lauterbach *(diss.* 12, *n.* 8) esemplifica la mercede nel promettere al sicario per moglie la sorella del mandante.

§. 1196.

L' assassinio ha la sua consumazione nella *strage;* non nel *patto*. Nel patto per quanto seriamente concluso non si ha neppure *tentativo;* perchè col patto

non si *comincia* la esecuzione dell' omicidio. Si avrà solo un conato quando il sicario abbia incominciato gli atti esterni di esecuzione dell' omicidio. Nel patto potrà crearsi un titolo di reato di per sè stante come in qualsiasi *associazione* o *istigazione* criminosa, quando il delitto a cui tendono sia di tale gravità (1) politica da meritarlo. Ravvisare un conato nel *patto* fu la emanazione di un terrorismo sistematico; o fu un errore della vecchia pratica che non ebbe mai una idea netta del tentativo. Così leggesi (non senza sorpresa) nell' art. 195 della ordinanza francese del 1670 punita di morte la sola accettazione del mandato di uccidere, benchè non susseguita da nessun principio di esecuzione: così Paoletti spinse le cose fino al punto d' insegnare che si aveva tentativo nel patto, ancorchè il sicario avesse *finto* di accettare con intenzione però di non eseguire: qui l' esecutore designato, non solo non aveva mai cominciato la esecuzione, ma non ne aveva mai neppure avuto la intenzione. Con le *parole* non si *comincia* ad uccidere. Fu questo un errore del codice Sardo (art. 99) saviamente corretto nella sua estensione alle provincie napoletane.

(1) Il codice penale Toscano ha elevato al grado di delitto civile qualunque istigazione a delinquere non accolta dall' istigato. Ma io credo che lo estender ciò anche alle istigazioni che hanno per oggetto delitti minimi, sia esorbitante ai bisogni della tutela giuridica, com' è indubitatamente contrario alla *comune dottrina di tutti i migliori criminalisti:* i quali, purchè si leggano, insegnano ad una voce che la istigazione non accolta si deve punire soltanto in *atrocioribus*.

§. 1197.

Le questioni relative al *pentimento*, alla *revoca*, e all' *eccesso*, le trattammo sotto un punto di vista generale (§. 485 a 504) alla teoria della complicità, nè crediamo dovervi ritornar sopra (1). Là trattammo del pari la questione se mandante e mandatario debbano o no *adeguarsi* nella pena, o se questo debba punirsi più severamente di quello. La regola della adequazione ha prevalso in generale nei codici contemporanei anche dove per massima si vuole il complice punito meno dello esecutore del delitto. Malgrado ciò il problema non cessa di essere grave. Ed anche testè Thezard (*de la revision du Code pénal en Belgique: Revue Critique, Vol.* 31, *pag.* 452) mostrò di apprezzare assai gli argomenti pei quali si sostiene da valenti criminalisti che chi dette mandato ad uccidere debba imputarsi meno di chi accettò il mandato ad uccidere e poscia uccise. Tali argomenti specialmente si traggono — 1.° dal principio *ontologico* che fu decisivo appo Carmignani quando osservò che il mandante volle il delitto mentre il mandatario lo volle e lo eseguì: laonde questi deve punirsi di più perchè fece di più nel delitto — 2.° dal principio *morale* perchè il mandante ebbe sempre una grande passione che lo spinse a volere la morte del nemico; laddove il sicario non ebbe impulso che dalla propria scelleraggine e dalla avidità di meschino guadagno correndo a trucidare un uomo che niente lo aveva offeso, e con cui non aveva nè odio nè rancore — 3.° dal

principio *politico* posto innanzi da Beccaria che considerò essere utile spargere la diffidenza fra i colpevoli e con la minaccia di maggior pena distorre i sicarii dallo accettare mandati — 4.º dal principio *giuridico*, perchè se lo assassinio si considera come omicidio qualificato per ragione della *causa*, cosicchè incontri lo estremo supplizio anche indipendentemente dalla premeditazione (quando il mandato ad uccidere siasi dato istantaneamente per un' offesa ricevuta, ed istantaneamente accettato, ed istantaneamente eseguito) è chiaro che la *causa* qualificante (vale a dire il fine di lucro o mercede) è soltanto nello esecutore e non nel mandante, per lo che è forza confessare generarsi nei cittadini maggiore spavento (e così maggiore danno mediato) rispetto alla persona del sicario che non a quella del mandante se isolatamente si guardino in loro stesse. Un mandante è probabile che non avrà mai il coraggio di uccidere di propria mano il suo più fiero nemico; mentre il sicario che seppe uccidere chi a lui era o sconosciuto od innocuo, siamo certi che più alacremente ucciderà altre persone che a lui siano invise per grave inimicizia, e tutti i consociati considereranno costui come un essere più nefasto e più pericoloso dell' altro (2).

(1) In proposito della prova del mandato vogliono essere ricordate le regole seguenti.

1.º Che il mandato dev' essere esplicito, e determinato al delitto di omicidio; nè possono equivalervi le espressioni vaghe, o generiche: *leg. si quis iniquum* §. *si procurator ff. quod quisque juris* — Deciano *lib.* 9, *cap.* 31, *per tot.*— Farinaccio *quaest.* 134, *n.* 37 — Rossi *trai-*

té de droit pénal liv. 2, *chap.* 56 — Roberti *Corso di diritto penale vol.* 2, *pag.* 275.

2.° Che è indispensabile congiungere alla prova della commissione la prova ancora della positiva accettazione, nel modo stesso che si esigerebbe nel diritto civile per dichiarare concluso il contratto di mandato, ed anche con più stretto rigore: *leg.* 20, *ff. de his qui not. inf.* — *leg.* 12, §. 12, *ff. mandati vel contra* — Gothofredo *in d. leg.* 20, *ff. de his qui not. inf.* — Rossi *traité de droit pénal liv.* 2, *chap.* 56 — Roberti *loc. cit. pag.* 275 — Cassazione di Firenze, Decreto del luglio 1865: sul ricorso *Birindelli.*

3.° Che non può condannarsi il mandante se non è *conosciuta* la persona del mandatario. Questa regola, insegnata dal Marsilio (*consil.* 49) dal Giurba (*cons. crim.* 97, *n.* 3) e in precisi termini dal Natta (*consilio* 422, *n.* 1) dal Ruino (*vol.* 5, *cons.* 6, *n.* 11) dal Surdo (*cons.* 40, *n.* 9 *et seqq.*) e dal Bossio (*de delictis n.* 35), non potrebbe estendersi ad un precetto generale in tutti i casi di complicità, quasi che sempre sia per punire il complice necessario di conoscere l'autore principale; ma è verissima in tema di mandato, perchè onde portare a carico del mandante la strage commessa dal mandatario è assolutamente indispensabile provare che questi uccise *in esecuzione del mandato.* Ora ciò rimarrà sempre impossibile ad affermarsi quando rimanga incognito chi fu l'uccisore, perchè questi potendo essere un nemico mortale dello estinto, ed averlo spento per motivi esclusivamente suoi proprii la esistenza di cotesto dubbio rende divinatoria ed inaccettabile l'affermazione che l'omicidio risalga come a propria causa al mandato; e senza avere assodato cotesto nesso la responsabilità del mandante rimane incerta. Queste verità si proclamarono ancora dalla Corte di Cassazione di Napoli nel suo decreto del 2 marzo 1866, dove fissò la teorica nei seguenti termini: perchè il mandante possa tenersi responsabile dell'omicidio commesso dal mandatario non basta che siasi fatto dichiarare

ai giurati — 1.° che lo accusato diede al sicario il mandato di uccidere il nemico — 2.° che il sicario lo uccise di fatto: se al tempo stesso non è posto in sodo — 3.° che il sicario accettò il mandato — e 4.° che l' omicidio consumò in esecuzione del mandato.

(2) La Carolina minacciava la pena della ruota ugualmente contro il mandante come contro il mandatario. Ma alla pratica germanica non persuase tale adequazione: e perciò mantenuto l' atroce supplizio contro il mandatario invalse l' uso che il mandante si condannasse soltanto alla *poena gladii* ponendolo alla ruota soltanto quando era fatto cadavere: Kock *institutiones* §. 503.

Titolo III.

Omicidio per libidine di sangue.

§. 1198.

La considerazione della *causa* nell' omicidio si volle da alcuni allargare a più generali dettati. Alcuni (come Barbacovi nel suo opuscolo *de poenarum mensura pag.* 28) credettero doversi accettare come ragione politica di aumentare la pena la grandezza delle cagioni che avevano spinto ad uccidere. E cotesta dottrina (che in sostanza altro non è tranne una emanazione della teorica romagnosiana della spinta criminosa) assisero appunto sopra l' argomento del maggior timore e del più intenso pericolo derivante dall' impulso di una causa più potente. Se occorre (essi dissero) una penalità del peso di dieci per farmi sicuro rimpetto ad una causa che spinge altri ad uccidermi con la forza di dieci; come potrò io essere ugualmente al sicuro sotto il presidio di uguale penalità, in faccia

ad una causa che spinge altri ad uccidermi con la forza di cento? Chiaro si vede in tali argomentazioni lo influsso di quella scuola, che vuol cercare la misura della quantità dei delitti nel calcolo delle forze che spingono a violare la legge. La logica coerenza a cotesta dottrina porterebbe a dover punire meno l' omicidio commesso senza nissuna causa, perchè anche il timore di più lieve castigo equilibra il nissun utile che si attende dall' omicidio. Per lo contrario coloro, appo i quali prevale al calcolo politico il calcolo morale, vanno per una via tutta opposta. Colui che per leggiera causa viola la legge (essi dicono) è più scellerato che non sia colui, il quale trascese per un motivo che fortemente agì sullo spirito suo a vincere il sentimento del giusto e il timore della pena. Il diametrale antagonismo delle due dottrine è palpabile, ma in punto di fatto è del pari innegabile la verità dell' una e dell' altra osservazione. E il risultato di cotesta verità deve essere quello che nè l' una nè l' altra regola possa accettarsi come criterio dominatore della misura.

Siffatto risultamento emerge appunto dalla verità delle due basi, sulle quali poggiano le due regole opposte. Accettate ambedue condurrebbero all' assurdo, che chi ebbe causa leggiera si punisse di più per la lievità della causa; e chi ebbe ad uccidere causa potente si punisse di più per la gravità della causa. Cosicchè le due regole che si eliderebbero praticamente, forza è che si annientino teoricamente. E teoricamente infatti si elidono coteste due osservazioni, appunto perchè dove ricorre la ragione di punire più forte per il maggior pericolo nascente dalla grande causa, ricorre la

ragione di imputar meno per la potente azione che esercitò la grande causa sull' animo. E dove ricorrerebbe la ragione di punir meno per la debolezza dello incentivo da vincersi col timore della pena, ricorre la ragione di imputare di più per la pienezza del dolo che necessariamente si manifesta dove l' arbitrio dell' agente non subì la dominazione di un forte incentivo.

§. 1199.

Non è dunque sotto questo punto di vista che vuol essere da noi guardata la qualifica di che si parla nel presente titolo. La via che ci guida ad accettare come giusta la odiosità della quale si cuopre l' omicidio commesso senza nessuna causa, tranne la sete brutale di sangue, non è nè quella battuta dai seguaci della prima scuola, nè quella battuta dai seguaci della seconda. La quantità politica di questa specie abominevole di omicidio, non si aumenterebbe, ed anzi decrescerebbe per il sistema dei primi. Ma neppure si ammette da noi che si aumenti per il sistema seguitato dai secondi; cioè per il solo riguardo alla maggiore perversità dell' agente. Questa sola non basterebbe per noi a dichiarare più grave il delitto, se non vi concorresse una ragione puramente politica. Ma la ragione politica noi non la troviamo nella *facilità* della *riproduzione* del fatto (che mancherebbe in cotesta ipotesi) ma nella *difficoltà di premunirci* contro il fatto, quando egli si riproduca. Il danno mediato cresce per la sua maggiore *diffondibilità*, quando non vi è cittadino che possa dire a sè stesso, io

sono sicuro in faccia a cotesta forma di delitti. In faccia a chi uccide senza odio, senza passione, senza lucro, per sola sete di sangue, non vi è nessuno che possa dirsi sicuro: non basta nè lo essere povero, nè lo essere prudente, nè il non avere nemici. Di più in faccia a costui non vi è prevenzione possibile per parte della privata cautela, perchè l'aggressione si fa da sconosciuto a sconosciuto. Vi è dunque il sommo grado di diffondibilità nel danno mediato di questo omicidio; vi è il sommo grado della minorata potenza della difesa privata. Che importa che simile scellerato non abbia niente da guadagnare da un delitto, e niente con veemenza ve lo sospinga? Ciò porta all' effetto che uno scellerato di tal fatta sia rarissimo nella società. Ma poichè (quantunque raro) può esistere, la sua rarità non toglie che quando esista sia più pericoloso di ogni altro; e pericoloso a tutti (nessuno eccettuato) i membri della consociazione civile. Ecco il vero punto di vista sotto il quale vuole essere considerata la qualifica che adesso tratteremo.

§. 1200.

L' omicidio *senza causa* (1) non deve dunque confondersi con l' omicidio per *causa ingiusta*, o *irragionevole*. L' omicidio per causa ingiusta non esce dalla categoria ordinaria degli omicidii, perchè la causa ingiusta apparve giusta alla ignoranza esaltata dalla passione: e solo può meritare un aumento di rigore entro i limiti legali della penalità ordinaria.

(1) Un criminalista contemporaneo ha confuso l'omicidio *senza causa*, con l' omicidio per *vendetta trasversale*. La differenziale dei due casi è pronunziatissima come più sotto (§. 1205) sarà chiarito.

Altri ha detto che la qualifica dell' omicidio *ad lasciviam* non è accettabile in un codice, perchè la prova della medesima è logicamente e giuridicamente impossibile. Impossibile dicono far la prova diretta della mancanza di causa che sarebbe prova della negativa: impossibile fare la prova positiva dell' odio contro la umanità; dunque inutile registrare in un codice questa circostanza aggravante. Cotesta argomentazione che fu diretta a difendere quei codici nei quali era omessa la considerazione di questo criterio, è viziosa nella sua base. Infatti non è vero che l' accusa sia nell' obbligo di fare la prova rigorosa della negativa. Quando nell' assenza di ogni causa conosciuta di sdegno, essa ha contestato la circostanza di che si parla; spetta all' accusato, almeno per via di congetture o di probabili, insinuare nell' animo dei magistrati il dubbio della esistenza di una causa quantunque leggiera. Il dubbio basterà, egli è vero, ad eliminare l'aggravante, e spessissimo l' accusa soccomberà. Ma pure a lei sarà ancora possibile (come lo fu nel caso *Ciolli)* far la prova diretta dell' odio contro la umanità. Provato che sia (come in quel caso lo fu per le confessioni dei rei, per le rivelazioni dei complici, per le deposizioni di fidefacienti i quali ricercati alla nefanda opera si ricusarono) che gli scellerati avevano fatto giuramento di spargere ogni giorno umano sangue; e in esecuzione del truce complotto notturnamente uscivano e ferivano il primo che incontravano per via: quando a coteste prove si aggiunge la circostanza che il ferito era affatto sconosciuto al feritore, ed allora per la prima volta incontrato, ed aggredito senza precedente moto o parola; io dimando se può persistersi ancora a dire che la prova di questa qualifica sia assolutamente impossibile. Potrebbe piuttosto obiettarsi con migliore apparenza di ragione, che l' odio contro la umanità presuppone sempre la

premeditazione, e che sorge da questo lato la inutilità di farne una qualifica speciale. Ma anche cotesto obietto non sarebbe solido, perchè può benissimo concepirsi un impeto di odio contro la umanità. E se ne ha un esempio nel caso riferito dal Niccolini *(questioni di diritto part. 4, n. XI, pag. 564 e segg.)* da vedersi per intero, perchè vi si trovano delle buone osservazioni su questo titolo di delitto.

§. 1201.

L' omicidio *brutale*, *ad lasciviam*, o per libidine di sangue, configura l' uomo peggiore della belva, l' uomo che agisce per solo odio contro il genere umano, e presenta un pericolo universale; e così un incremento immenso di danno mediato. Non è però a desumersi tale qualifica dalla sola circostanza che nessun odio intervenisse fra l' uccisore e l' ucciso, o che questi fosse anche del tutto sconosciuto a quello, quando risulti che l' ucciso apparteneva ad un partito o ad una casta odiata dall' omicida. Infatti l' omicidio commesso per antipatia politica non può dirsi *mancante di causa;* nè colui che odia un ceto di uomini può dirsi che sia un nemico di tutta la umanità. Carmignani (§. 167 *in nota)* rigetta la qualifica derivata dalla mancanza di causa — 1.° perchè repugna alla umanità il supporla — 2.° perchè la mancanza di causa è argomento per escludere la reità. Ma il giudizio agitato in Toscana nel 1840 contro *Ciolli* e compagni, confuta senza più queste argomentazioni paradossali. Qui lo illustre professore cadde nel sofisma che aveva così bene rilevato in altri scrittori a parecchie occasioni: il sofisma cioè di sciogliere un proble-

ma negando la possibilità del problema per la rarità del caso pratico. Che il caso pratico della configurazione di un delitto sia *raro* in un paese è ragione di conforto; ma quando, benchè raro, il caso resta possibile, è debito del legislatore di provvedervi, è debito della scienza di studiarlo.

§. 1202.

Il codice Toscano non si fermò per le parole del grande maestro pisano, poichè la storia faceva trista testimonianza contro di lui: ed andò giustamente all'apice del rigore, equiparando interamente l'omicidio commesso *per impulso di brutale malvagità* all'omicidio premeditato. Che anzi a me pare che la ipotesi della premeditazione quando è scompagnata da insidia e da altre aggravanti ulteriori presenti gravità minore dell'omicidio per libidine di sangue: e ciò tanto sotto il punto di vista morale, quanto sotto il punto di vista politico. Sarebbe poi un errore supporre che il codice Toscano avesse nel designare cotesta specie (art. 309 §. 3) riunito in tale qualifica anche l'omicidio *per causa ingiusta* od irragionevole. Questo fu un pensiero fuggitivo di qualcuno, che non avvertì bastantemente alla importanza della questione, nè alle vere ragioni di risolverla. La sola circostanza che nel codice del 1853 trovisi affatto omessa la aggravante della *causa irragionevole*, non è argomento bastante per concluderne che esso abbia voluto unificare cotesta qualifica alla mancanza assoluta di causa. Vi era nel nuovo legislatore toscano sufficiente ragione di omettere un

provvedimento speciale contro l' omicidio per causa irragionevole, perchè l' antica giurisprudenza toscana che conosceva siffatta speciale aggravante, l' aveva presa a considerare pel solo fine di aumentare di un grado la pena ordinaria inflitta dalla legge del 1786 contro l' omicida, la quale era temporanea. Ora il codice del 1853 nello stabilire il massimo della pena temporanea da lui inflitta contro l' omicidio, aveva preso tale latitudine che bene includeva anche l' aumento dell' antica giurisprudenza: sicchè il legislatore, fatto sicuro per la dottrina dei magistrati, che tale aggravante sarebbesi calcolata entro i limiti legali, non ebbe altrimenti bisogno di dettare per la medesima un apposito articolo. D' altronde il pensiero della unificazione delle due qualifiche nel nuovo codice Toscano sarebbe esorbitante fino all' assurdo: avvegnachè supporrebbe che la causa ingiusta si fosse dal codice novello voluta punire di morte come la premeditazione e la brutale libidine di sangue. Questo era tal salto in faccia alla precedente legislazione e giurisprudenza toscana, che non è possibile supporlo voluto dal nostro legislatore del 1853; quando d' altra parte si vede e si tocca con mano che il nostro legislatore nel tema delle qualifiche dell' omicidio, ha generalmente inteso piuttosto a mitigare l' antica severità.

§. 1203.

La nozione dell' omicidio per libidine di sangue sta dunque ferma nei puri termini della scuola e della vecchia pratica. Ad assodare cotesta qualifica nei casi

concreti, bisogna che siavi assenza completa di ogni qualsivoglia causa, quantunque lievissima di sdegno o di antipatia che abbia spinto alla strage. Lo che porta a concludere che quando l' attacco fu diretto contro un *individuo determinato*, al quale *soltanto*, e non a nessun altr' uomo, si voleva togliere la vita, la tesi della qualifica in discorso rimarrà sempre insostenibile; perchè non agisce per il solo barbaro piacere di spargere umano sangue colui che particolarmente ed esclusivamente anela il sangue di un individuo. Odia quello (sia pure irragionevolmente) ma non odia la umanità.

TITOLO IV.

Omicidio per vendetta trasversale.

§. 1204.

L' omicidio al quale qualche pratico applicò la formula *innoxii pro noxio* (1), più propriamente si designa come omicidio per *vendetta trasversale*. Esso suppone che per vendicarsi di un nemico si uccida persona a lui cara onde cagionargli grave afflizione morale; oppure persona da cui ritrae dei lucri, per cagionargli un danno pecuniario. È il caso di Medea, nella quale si personificò la ferocia appunto perchè non spense l'odiato Giasone ma i pargoletti innocenti per vendicarsi di quello. Anche in proposito di cotesto criterio si ripetono le osservazioni già fatte di sopra. La ragione di ammetterlo ai fini penali non sta nella maggiore malvagità di animo, ed immanità di cuore

che si rivela da un si atroce disegno: ma sta bensì nella impotenza in cui versa l' innocente di cautelarsi e guardarsi da una persona che ei non offese, e che ei non conosce come nemica.

(1) Io dubito che la formula dell' omicidio *innoxii pro noxio*, benchè da molti scrittori (specialmente della scuola napoletana) siasi immedesimata con l' omicidio per *vendetta trasversale*, nel suo primitivo e più universale concetto stesse a designare una configurazione diversa: e precisamente esprimesse il caso della uccisione del *mediatore*, descritta da Farinaccio (*quaest.* 125, *pars* 3, *n.* 154) e da altri, fra i più odiosi e qualificati. Questo concetto è ben differente. Nel medesimo si suppone il caso di alcuno che inferocendo contro un nemico venga da un pietoso mediatore trattenuto; e colto da subito sdegno rivolga l' arme contro quel mediatore, ed uccida lui stesso. Questo caso io vidi non infrequente in pratica esordire con la tremenda parola, *le vuoi tu per lui?* Ora codesto preciso caso si descrive dal Farinaccio, e si annovera fra i casi di omicidio qualificato. Ma la odiosità di codesta ipotesi (quando si volesse mantenere) non si potrebbe desumere nè dal criterio della premeditazione; nè da quello della brutale libidine, perchè la causa di uccidere è subitanea, e procede dalla rabbia del vedersi impedita da un terzo la vendetta agognata. E meno assai potrebbe confondersi con l' omicidio per vendetta trasversale, perchè il colpevole non uccide già l' intercessore per far dispetto al nemico che la opportuna intercessione ha salvato dalla sua furia; ma per vendicarsi dello intercessore medesimo che repentinamente si piglia in odio per causa della sua intromissione. Questa causa potrà dirsi tutto al più irragionevole, se pure si aspetta che l' ira ragioni; potrà dirsi ingiusta, perchè allo esercizio di un atto di umanità e di dovere cittadino risponde con un colpo di stile: ma la sua proeresi criminosa sotto il pun-

to di vista morale è ben difforme dalle altre: ed anche sotto il punto di vista politico male se ne potrebbe esagerare la importanza oltre certi limitati confini.

§. 1205.

Questa specie di omicidio qualificato (1) il codice Toscano la intralascia del tutto. Ove se ne verifichi il caso, non potrà certo farsi cadere sotto il titolo di omicidio per libidine di sangue; perchè come ognuno scorge non è senza causa, ma procede dall' ordinario movente dell' odio contro l' individuo, esagerato soltanto ad un raffinamento di vendetta. Perlochè, ove non ricorra l' aggravante della premeditazione (molto probabile a verificarsi in siffatta ipotesi) non si potrà appo noi tener conto di questo dettato della scienza, tranne per aumentare la pena relativamente determinata contro l' omicidio improvviso entro i suoi limiti legali.

(1) Questa specie di omicidio fu prevista nelle antiche prammatiche napoletane; e di nuovo nel codice penale del regno di Napoli all' art. 352 n. 5; e ne trattano Giuliani *tom. 2, pag.* 243 — Niccolini *Quistioni di diritto part. 4, pag.* 606 *(ediz. livornese)* — Puccioni *saggio pag.* 441*; e commento al codice vol. 4, pag.* 411 — Carmignani *nel progetto del codice penale Portoghese art.* 524. La generalità di questa atroce costumanza di sfogare la vendetta con la uccisione di innocenti per recare afflizione ad un nemico cui si reputavano quelli esser cari, trova per ciò che attiene all' Italia centrale una singolare dimostrazione nella processura che nell' anno 1542 fu instaurata in Bologna contro Achille Volta imputato di omici-

dio. Avvegnachè, deducendosi dalla difesa dello inquisito che egli non aveva causa a delinquere verso l' ucciso, il giudice processante credette buono di porre in atti la prova di cotesta costumanza onde potere all' inquisito obiettare la causa a delinquere consistente nella sua nimistà con un congiunto dell' ucciso. E perchè il cavaliere Bolognese inquisito replicava non potergli essere di nocumento cotesto rio costume perchè desso era proprio dei Romagnoli e non dei Bolognesi, il giudice completò la prova giustificando in atti mediante documenti ed attestazioni che siffatto costume era pure esteso in Bologna: vedasi il Toselli *cenni sul foro criminale bolognese, appendice, pag.* 149. Della vendetta trasversale trovasi fatto cenno anche nello antichissimo statuto lucchese del 1308 al libro 3, cap. 32 — *vel super aliquo coniunto offendentis:* è ben vero però che la pena dell' omicidio premeditato secondo quello statuto non eccedeva la multa di lire duemila cinquecento, e gli avi nostri si credeano sicuri col minacciare di uccidere soltanto quel colpevole che non avesse dentro otto giorni pagato la multa. Di questo monumento legislativo non esisteva che una sola copia manoscritta nell' Archivio Lucchese; ed hanno fatto buona opera i dotti paleontologhi che ne hanno nel 1867 coi tipi Giusti procurata la stampa.

Titolo V.

Infanticidio.

§. 1206.

La storia del titolo d' *infanticidio* (1) presenta un fenomeno singolarissimo nelle scienze morali. Questo titolo venne staccato dalla famiglia degli omicidii (2) attribuendogli nome, e fisonomia distinta per una spe-

cialità: la quale io tengo come grandemente dubbioso se nella prima creazione procedesse veramente da un particolare odio contro di lui, o piuttosto da un riguardo di benignità verso la donna illegittimamente fecondata che spegne un essere, al quale non ancora la legano vincoli di affezione, e che le sorge innanzi come un nemico dell' onor suo. Forse è più probabile il secondo concetto che il primo, poichè la specializzazione venendo in sostanza a sottrarre questo titolo dalla qualifica di *parricidio*, difficilmente potrebbe concepirsi un rincaro di pena sopra la pena del *culeo*, o delle altre atrocissime che colpivano l' uccisore dei proprii figli. Ma checchè sia della sua prima origine, certo è che negli ultimi secoli da molti scrittori e da molti legislatori (primi fra i quali quelli di Francia) si diede allo infanticidio una figura speciale per un più inesorato rigore con cui si volle punito. Nel progresso della scienza le sue condizioni variarono per guisa che oggi cotesto titolo si continua a tenere nella famiglia degli omicidii come una figura distinta per una speciale benignità verso di lui, e per colpirlo di una pena più mite. Come avvenne ciò, quali furono le cagioni di una metamorfosi così singolare? Fu la forza suprema della logica; alla quale o presto o tardi bisogna che cedano le false dottrine: fu la totale deficienza nella quale versava l' antica teoria di un saldo principio giuridico, che servisse di base alla odiosità e rigore che si volea stabilire. Analizziamo i fondamenti sui quali voleva assidersi la specialità odiosa, e più non ci meraviglieremo che alla specialità odiosa abbia succeduto una specialità benigna.

(1) Bibliografia — Farinaccio *quaest.* 119, *n.* 22; *et quaest.* 122, *n.* 156 — Grassetto *de nece proditoria* §. 22, *n.* 1, *et seqq.* — Bocero *de tortura cap.* 3, *n.* 121 — Grivelio *decisiones dolanae dec.* 19 — Berlichio *pract. conclus. pars* 4, *concl.* 7 — Tesauro *decis. pedemon. decis.* 13 — Bassano *theorico praxis criminalis lib.* 1, *cap.* 14 — Carpzovio *practica criminalis pars* 1, *quaest.* 9, *n.* 41 — Crusio *de indiciis pars* 2, *cap.* 34 — Grantzio *defensio inquisitorum pag.* 240 *ad* 261 — Harpprecht *decisiones criminales, decis.* 48, 114, 115, 116 — Aiphani *juris criminalis lib.* 3, *cap.* 50 — Gobio *consult.* 139 — Gilhausen *arbor criminalis cap.* 6, *pars* 7 — Jousse *lois crimin. vol.* 4, *pag.* 14 — Muyart de Vouglans *Instit. de droit criminel. tit.* 4, *chap.* 5 — Lauterbach *disp.* 69, *thes.* 25 — Leyser *meditationes specimen* 6, 10, 11, 12 — Kock *instit.* §§. 465, 469, 723, 727, 742 — Renazzi *elementa lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 6 — Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 8 — Poggi *elementa lib.* 3, *cap.* 8 — Paoletti *instit. lib.* 3, *tit.* 14 — Ala *Foro criminale vol.* 3, *in principio* — Golckinga *de caede infantis*, 1844 — Imbert *de crimine infanticidii*, 1822 — Evers *de matribus quae prolem suam interfecerunt*, 1807 — Puttmann *elementa juris criminalis* §. 334, *et seqq.* — Mittermaier *contribuzioni alla dottrina dell' infanticidio* — Waechter *dell' occultazione della gravidanza e del parto come requisito dell' essenza di fatto dell' infanticidio* — Contoli *dei delitti e delle pene vol.* 5, *art.* 9 — Pessina *vol.* 2, *pag.* 20 — Wan Berkhout *de homicidio pag.* 21 *et seqq.* — Vitteveen *de homicidio pag.* 27 — Carmignani *elementa* §. 952 *et seqq.* — Giuliani *instituzioni tom.* 2, *pag.* 254 *e segg.* — Puccioni *saggio pag.* 448 — Niccolini *quistioni di diritto pars* 3, *concl.* 31 *e* 32 — Laujardiére *de l' infanticide* — Chatagnier *de l' in-*

fanticide, 1858 — Bustelli *sull' infanticidio*, 1863 — Annales *de l'academie de Toulouse ann.* 1864, *pag.* 266.

(2) Disputano i dottori se lo infanticidio fosse punito presso i Romani; e la ragione del dubbio risale alla celebre questione se lo *jus vitae et necis* dei padri romani fosse illimitato sui figli, o soltanto potesse esercitarsi per un delitto loro, e previo un giudizio di famiglia. Sulla qual disputa sono a consultarsi Gebauer *exercitat.* 7, *cap.* 2 — Bynhersoek *opera tom.* 1, *pag.* 317 *et* 389 — Noodt *Julius Paulus: et amica responsio* — Perrenot *de patria potestate apud romanos legibus non soluta.* Ma qualunque sia la più vera tra le due contrarie opinioni di questi dotti interpreti, certo è che la regola dello *jus vitae et necis* non varrebbe mai ad assodare la proposizione che i Romani non punissero lo *infanticidio:* perchè anche ammesso cotesto *jus* nel senso più effrenato, non sarebbe valso a coprire d' impunità la strage commessa dalla madre, dal padre naturale, od anche dal padre legittimo che fosse tuttavia *sub potestate.* Non vi è dunque ragione per credere che i Romani non punissero lo infanticidio; bensì sembra potersi accertare che essi facessero cadere la uccisione dello infante sotto il titolo di *parricidio*, se commessa dai genitori *(lex 1 ff. ad leg. Pompejam de parricidiis)*; e sotto il titolo di *omicidio*, e così sotto la legge Cornelia, la uccisione dello infante commessa da estranei, *leg.* 8, *C. ad leg. Corneliam de sicariis;* la quale non fece innovazione dell' antico diritto se non in quanto volle, che in questo reato il tentativo si punisse capitalmente, come il consumato delitto. Certo è del pari che il nome di *infanticidio* come designativo di un titolo speciale non si usò dai Romani. Quando poi, dove, e perchè nella pratica s' introducesse questo nome per configurare un titolo di reato distinto dall' omicidio e dal parricidio, è un problema che i miei studii sono stati insufficienti a sciogliere. Trovo che i più antichi dottori chiamarono *omicidio* anche la uccisione dello infante e perfino il procurato aborto: Arnono *pro-*

blemata, prob. 43 — Glossa *ad leg* 8, *C. ad leg. Cornel. de sicariis — sive natus fuerit infans, sive non.* E chiamarono *parricidio* la uccisione del bambino commessa dalla madre fino ai tempi del Tesauro *(dec.* 13), del Claro (§. *parricidium, in fin.)*, del Farinaccio *(quaest.* 122 *n.* 156) del Grivelli *(dec.* 19), del Paponio *(arrest. lib.* 22, *tit.* 4, *arr.* 3), e del Perez *(in Codicem ad leg. un. C. de his qui parentes vel lib. n.* 8); i quali tutti insegnarono ricorrere il titolo di *parricidio*, e la relativa pena doversi applicare, senza riguardo neppure al timor della infamia; e senza che neppure si vegga da questi scrittori accennato che fosse sorta una dissonante opinione. La più antica traccia della parola *infanticidio* io la trovo in Tertulliano *in Apologia cap.* 2. Ma quando propriamente prendesse vita fra i criminalisti il concetto della *specializzazione* di questo titolo, io non saprei precisarlo. Altri di me più fortunato scioglierà questo nodo. Per le congetture mie, se non trovasi monumento che lo faccia rimontare a qualche padre della Chiesa, bisogna attribuirne la origine alla scuola germanica susseguente alla costituzione Carolina. Vedasi la nota di n. 1 al §. 1207.

§. 1207.

Gli antichi criminalisti ponevano lo infanticidio fra gli omicidii qualificati per il *vincolo di sangue.* Ma il vincolo di sangue che lega i genitori verso i figli aveva già creato il titolo di *parricidio.* Quando pertanto si addimandava a coloro che trovavano il criterio della qualifica nel vincolo del sangue, qual fosse la ragione di codesta speciale odiosità contro la uccisione del fanciullo nato di fresco, era impossibile che la ragione della specialità si trovasse in questo rapporto; poichè il vincolo del sangue tra la madre ed il bam-

bino nato da due ore, è perfettamente uguale a quello che passa tra la madre ed il bambino nato da due mesi. Era dunque evidente che sotto questo punto di vista la discriminazione poggiava sopra una idea insufficiente. Anzi poteva dirsi che l'affetto della madre verso un bambino che già ha occupato le sue cure, e l'ha fatta lieta del suo sorriso (così la repugnanza da superarsi) è assai maggiore di quello nol sia verso una creatura nata d'allora, rispetto alla quale la tenerezza materna non è che un istinto. E codesto istinto verso il figlio nato d'allora è nella madre che lo concepì per illecito concubito, vinto da troppo forti cagioni, perchè ebbe in avversione quella creatura fin dal momento in cui la sentì nelle viscere, in lei prevedendo il testimonio della sua colpa: essa era venuta a suo dispetto a recarle pericolo di gravissimi danni. Non vi era dunque affetto da superare. Se si aveva ragione di distinguere il caso dello infanticidio dalle altre uccisioni dei figli, si aveva per punirlo meno (1) e non già per punirlo di più: come male fecero per la preponderanza del principio ascetico le antiche leggi francesi, e per le false considerazioni del bisogno di protezione e della presunta premeditazione, il codice di Francia del 1810.

(1) In Germania prima che altrove prevalse la idea che lo infanticidio fosse delitto minore della uccisione del figlio adulto. Vuolsi anche da dottissimi giureconsulti che la costituzione Carolina obbedisse al pensiero di una penalità più mite, quando nell' art. 131 previde il caso dello infanticidio, Mittermaier in una sua recente dissertazione ha dimostrato che l' art. 131 della Carolina contempla il solo caso

della madre illegittimamente fecondata: e che la pena in quello sancita dello annegamento esprime nel legislatore un pensiero di mitigazione di pena rispetto a quella di morte più atroce comminata dall' art. 137 contro l' uccisore del figlio adulto; e i suoi argomenti mi sembrano solidissimi. Vedasi questa dissertazione nell' *Eco dei tribunali n.* 1022, 27 *maggio* 1860; *e segg.*

§. 1208.

Si ricorse ad altra ragione desunta dal campo politico: e si disse che lo infante incapace di difendersi in faccia ai suoi barbari nemici deve essere più energicamente protetto dalla legge sociale. Idea nobile e vera: ma anche codesta idea non dà ragione della specialità odiosa, perchè una seconda volta torna a dimandarsi qual sia la differenza tra la creatura nata da un' ora, e la creatura nata da un mese sotto il rapporto della incapacità di difendersi. Ed essendo necessità rispondere che non intercede sotto questo punto di vista differenza nessuna, bisognava concludere che per ravvisare un titolo speciale e più odioso nella uccisione del bambino nato di fresco, il pensiero della impotenza rimaneva una idea diafana, insufficiente a dare ragione della differenziale.

§. 1209.

Si ricorse ad altra ragione desunta dal campo giuridico: e si disse che il bambino non potendo nella innocenza sua aver dato nessuna cagione di sdegno ai crudeli genitori che lo uccidevano, lo infanticidio

portasse seco mai sempre la presunzione di premeditazione. Io dirò fra poco (§. 1214) come una tale presunzione sia falsa in punto di fatto. Ma adesso è sufficiente notare che anche codesta idea era inetta allo scopo, perchè anco in faccia alla medesima non si trovava bastante ragione di distinguere. La incapacità presunta a provocare lo sdegno tanto è nel bambino di un giorno, tanto è nel bambino di un mese.

§. 1210.

Fin qui dunque le osservazioni di vincolo di natura conculcato, di necessità di protezione, di mancanza di giusta causa di sdegno, non erano che belle parole, le quali potevano muovere ai palpiti il cuore, ma non già presentare la ragione giuridica per cui dovesse punirsi di morte la uccisione del neonato e meno punirsi la uccisione del figlio adulto o pargoleggiante. Per trovare una ragione della differenziale che avesse un dato positivo, faceva dunque mestieri risalire alla *causa* di uccidere. Nella uccisione del bambino nato di fresco può esservi la causa di *sopprimere le traccie della di lui esistenza:* nella uccisione del bambino la cui nascita era già resa notoria, cotesta causa non vi può essere. Ecco la unica differenziale possibile fra la strage che assunse il nome di *infanticidio,* e il caso ordinario dell' omicidio, o del parricidio improprio commesso sopra un fanciullo. Bisognava dunque innanzi tutto rettificare la collocazione del titolo. Abbandonata la idea del vincolo del sangue, e della presunta premeditazione, che erano inette a costituire co-

testa specialità, e trovata così la ragione della specialità nella *causa;* bisognava collocare lo infanticidio nella serie di quegli omicidii che in ragione appunto della loro *causa* potevano offrire un carattere speciale, ed un criterio eccezionale nella misura della loro politica quantità. Ciò fatto, rimaneva allora a studiare attentamente la indole politica di questa *causa,* per decidere se in vista della medesima dovea ravvisarsi nella specialità dell' infanticidio una maggiore quantità politica, o piuttosto una minore. E qui evidentemente si presentavano due ipotesi. O la causa di uccidere il neonato per sopprimere le traccie della sua nascita, procedeva da una sordida veduta di speculazione tendente o ad usurpare un retaggio, o ad esimersi dalle spese degli alimenti; ed allora non vi era bisogno di specializzare questo titolo: la *causa di lucro* lo portava diritto sotto il titolo di latrocinio; il più odioso per certo tra tutti gli omicidii, e quello che più merita di essere severamente punito. Il titolo d' infanticidio conservato a questa prima ipotesi era dunque una superfluità. O invece (seconda ipotesi) la *causa* di sopprimere le traccie di quella nascita procedeva dal bisogno di salvare l' onore (1) di una donna illegittimamente fecondata; ed allora bisognava studiare se cotesta causa aumentasse, o piuttosto diminuisse la quantità politica del malefizio. In questo studio sorgeva una lotta fra le influenze del principio ascetico, il quale non voleva ammettere che un peccato fosse scusa ad un delitto; ed il principio politico il quale proclamava e proclama al cuore di tutti, che la specialità di codesta causa non presenta il delin-

quente come pericoloso alla società quanto il comune omicida. Poichè volere o non volere egli è un fatto che lo spettacolo di una infanticida eccita ribrezzo, indignazione, pietà per la vittima, ma non genera spavento e timore di sè nell' universale dei cittadini: onde il suo danno mediato è minore. La lotta fra questi due principii fu lunga; ma vinse finalmente nella scienza moderna il principio politico; ed io mostrerò fra poco come il giudizio della scienza moderna fosse rettissimo. Mi basti adesso lo avere esposto come preambulo a questo titolo la storia del processo logico, a traverso il quale si elaborò nella scienza la moderna nozione e la diversa valutazione del titolo d' *infanticidio;* ed avere così dato ragione del perchè io collochi questo titolo nella serie di quegli omicidii che presentano un particolare criterio di quantità politica in ragione della loro *causa.*

(1) Che il timore della vergogna sia una delle più frequenti cause degli infanticidii si riconobbe da tutti. Laonde legislatori filosofi cercarono di frenare il troppo zelante biasimo e certe dimostrazioni di avvilimento che per antiche consuetudini di alcuni luoghi si adoperavano contro le fanciulle cadute in fallo amoroso; come il toglimento della corona verginale sul feretro e in occasione di nozze, le pubbliche penitenze, e simili. In questo senso e con la veduta di prevenire gl' infanticidi fu dettato il celebre editto di Federigo di Prussia dell' 8 febbrajo 1765 (riprodotto da Federigo Behmero *novum jus controversum observ.* 68) sulla costumanza di negare la corona nuziale alle fanciulle feconde. Vedasi la dissertazione di Puttmann *adversarior. vol.* 1, *cap.* 9, *de corona nuptiali virgini vi compressae haud deneganda.* Ben più grossolano è il mezzo preventivo

ideato dal codice Francese all' art. 346 (e lodato da Morin *journal de droit criminel* n. 8458) che impone a chiunque trovisi presente ad un parto di farne denuncia al pubblico ufficiale, quasi che le fanciulle quando si sgravano non evitino studiosamente l' altrui presenza.

§. 1211.

Se non che mi si potrebbe obiettare che accettando il pronunciato della scienza moderna, avrei dovuto collocare l' infanticidio nella serie di quegli omicidii che presentano un titolo speciale in ragione del loro *grado* (e che in seguito descriverò) e non fra quelli che assumono diversità di titolo per ragione della diversa *quantità politica*. E tale obietto mi può venire proposto per la osservazione che valutando la causa di salvare l' onore come ragione di imputar meno l' infanticidio si rispetta in sostanza la pressione che il pericolo dell' onore esercita sull' animo della donna, e così si valuta una circostanza che *degrada* il delitto nella sua forza morale soggettiva. Nè io dirò che tale osservazione sia del tutto inesatta. Dirò solo a giustificazione dell' ordine da me tenuto che una volta e quando la scienza moderna e le legislazioni contemporanea estesero la mitigazione della imputazione anche all' infanticidio premeditato; questo titolo non può dirsi che assuma la sua specialità unicamente dalla teorica del grado e dell' impeto, ma bisogna riconoscere che l' assume ancora dal criterio del minore allarme sociale. Ciò premesso eccomi alla esposizione del titolo.

§. 1212.

Così nell' antica scuola come nella moderna quando si è scelto la parola *infanticidio* per designare una data forma di strage ingiusta, si adoperò e si adopera un linguaggio figurato ed improprio. Infatti con la parola *infante* a questo luogo non si esprime la *infanzia* in generale, ma solo un brevissimo periodo di quella, e precisamente la prima aurora della vita estrauterina. Su tale proposito il concetto è universale e concorde. Soltanto vi è diversità nella formula con cui vuolsi esprimere la idea (1). Ma il concetto è positivo in questo senso che il soggetto passivo dello infanticidio debba essere un fanciullo *nato di fresco*, e non ancora palesato, nè soccorso dalle cure altrui. Se uccidasi un bambino dopo che è stato nutrito, custodito, e manifestato alla società avrassi un omicidio; non il titolo speciale d' infanticidio. Ciò tiene alla idea fondamentale di questa specialità, voglio dire che la strage abbia avuto per *causa* l' occultamento della nascita.

(1) Uberer disse nato di fresco il bambino che non aveva ancora poppato: altri quello il cui ombelico non era ancora cicatrizzato: lo Steltzer ed il Paulzow (*compendium juris criminalis* §. 676) proposero che dovesse dirsi *nato recentemente* quel bambino che era stato *veduto soltanto dalla madre*. Ma questo pensiero fu giustamente censurato dal Witteveen (*de homicidio pag.* 36) essendo evidente che con siffatta definizione si escludeva il titolo d' infanticidio dal caso in cui la madre avesse avuto

un complice. Il Klein *(principia* §. 345) propose che si dichiarasse *recentemente nato* quel bambino che *non era stato veduto* da altri fuori della *madre, o dei suoi complici.* Ma anche con ciò si esclude il titolo dal caso che alcuno benchè non complice della infanticida abbia per accidentalità veduto il bambino. Werner *(manuale di diritto criminale pag.* 544 *e segg.)* suggerì si dicesse *recentemente nato* quello la cui nascita era conosciuta soltanto dagli amici e famigliari della donna. Poscia Tittmann *(manuale tom.* 1, *pag.* 341) propose dovesse dirsi *recentemente nato* il bambino che *non ancora aveva esercitato le funzioni della sua vita.* Definizione astratta, fallace ancor questa, e priva di senso giuridico. Grolman *(diritto crimin. pag.* 312) ne dà una definizione metafisica, dichiarandolo nato di fresco finchè dura nella madre la lotta della vergogna; e questa forse nel concetto giuridico è la più vera. La qualità di *recentemente nato* non può desumersi che dalla *mancanza di notizia* della sua nascita appo la famiglia, od appo i vicini. Del resto la Cassazione di Francia quando con decreto del 31 decembre 1835 cassò una sentenza perchè dichiarava nato di fresco un bambino di un mese: e quando col decreto del 25 febbrajo 1837 cassava altra sentenza che dichiarava nato di fresco un infante di otto giorni, veniva a stabilire che la questione se un bambino dovesse o no dirsi recentemente nato era una questione di *diritto* e non una questione di *fatto*, e che perciò rientrava nella sua competenza.

§. 1213.

L' infanticidio dagli antichi definivasi (come tuttavia si definisce anche nei codici contemporanei che seguitano la vecchia dottrina) *la strage di un bambino nato di fresco dolosamente operata dai genitori* (1). Con tale definizione mentre serbavasi obbedien-

za mercè la formula di *fresco nato* alla idea fondamentale che la strage dovesse avere per fine la *occultazione della nascita*, non si distinguevano peraltro i due fini remoti ai quali dal colpevole poteva dirigersi (come ho già notato) la occultazione della nascita; voglio dire quello sordido e vile di stornare una successione dal suo legittimo corso, e quello assai meno scellerato di salvare una donna dal disonore, o forse da più gravi pericoli. Ambedue queste distinte proeresi si unificavano nell' antica definizione; e, peggio ancora, si unificavano nella pena di morte. A tanto rigore si congiunsero nelle menti degli antichi legislatori le fallaci e pericolose considerazioni della *frequenza* (2) *del delitto*, della *facilità di commetterlo*, della *difficoltà di scuoprirlo*, ed altri tali pensieri che, come a suo luogo (§. 697 e segg.) mostrai, troppo e male influirono sulla misura della quantità dei reati: ma il pensiero che principalmente spingeva a tanta severità era la falsa teorica della premeditazione presunta. La ragione giuridica della pena capitale prodigata fino ai dì nostri indistintamente contro l' infanticidio da tanti codici, stette in questo argomento a sazietà ripetuto nelle aule legislative, che non potendo il bambino aver dato causa di odio ai suoi genitori, la uccisione di lui doveva necessariamente considerarsi come premeditata.

(1) Sembra opinione comunemente accolta fra i pratici che la uccisione del bambino recentemente nato, quando sia commessa da persona *estranea*, non sia *infanticidio* ma *omicidio*. Il Wan Berkhout (*pag.* 22) mentre con-

ferma questa nozione come ricevuta in teoria, osserva che la medesima non è più vera sotto il codice Francese del 1810: e allega un giudicato della Cassazione dell' 8 febbrajo 1815 che disse bene applicato il titolo d' infanticidio alla uccisione commessa da estraneo: onde ne conclude che la ragione della pena di morte contro l' infanticidio nel codice Francese sta nella impotenza della vittima a resistere. Ma ripetesi che questa ragione proverebbe troppo e mostrerebbe incoerente il legislatore che (tranne il concorso d' altra qualifica) punisce dei lavori pubblici a vita la strage di un bambino di otto giorni. Vedasi Vitteveen *de homicidio pag.* 35: Carnot sull' *art.* 300 *n.* 9; e una decisione della Corte di Cassazione di Francia dell' 8 febbraio 1816. Vedasi pure Chauveau *n.* 2405, il quale è esplicito nel desumere il criterio dell' infanticidio dal solo soggetto passivo: e Chatagnier *pag.* 90.

(2) La frequenza degl' infanticidii trovasi letteralmente designata come ragione di esasperare la pena, nella costituzione Carolina: la quale mentre si contenta di condannare le infanticide ad essere affogate come pena ordinaria, vuole che siano impalate ed attanagliate nei luoghi dove codesto delitto è frequente. Ma la frequenza di questo delitto apparisce dalle storie essere stata più nei tempi antichi che in oggi spaventosa ugualmente in tutte le regioni di Europa. In Spagna fu tale la frequenza degl' infanticidii, che dovette occuparsene il terzo concilio di Toledo nel canone 17, il quale venne poi trasportato nel Fuero Juzgo, monumento della legislazione Visigota in Spagna; che si elogiò da Cujacio (*de feudis, lib.* 2, *cap.* 11) come la migliore fra le legislazioni barbariche. Testimonianze di uguale frequenza si rintracciano più o meno eloquenti appo tutte le altre nazioni. Nè la pena di morte conservata in Francia contro questo delitto ha servito (malgrado la cieca fede dei fautori dell' ultimo supplizio) a diradarlo oggidì: poichè Lambert (*philosophie de Cours d' Assises chap.* 14, *pag.* 153) ci assicura che in Francia si considera come eccezionale una

sessione di una Corte d' Assise, nella quale figuri UNA SOLA accusa d' infanticidio. Se questo dato è vero, e si confronta con la statistica degl' infanticidii in Toscana, dove è così mitemente punito, vien fatto anche una volta di dimandare a cosa sia buona la pena di morte. Lambert afferma ancora come fatto verificato che gl' infanticidii sono in Francia assai più frequenti nelle campagne che nol siano nelle città. Eppure è proverbiale la moralità della donna essere maggiore nella campagna. Qual deduzione si può trarre da ciò? Io ne trarrei la conseguenza che la frequenza degl' infanticidii è in ragione inversa della demoralizzazione. Questo pensiero che la infanticida delinque non per corruzione o malvagità di animo ma per un più vivo sentimento di rispetto alla opinione e per una più squisita sensività morale, si confortò nell' animo mio dalla osservazione che porge Corne (*des réformes pénales pag.* 22) documentando che negli stabilimenti penali di Francia le condannate per infanticidio sono quelle che danno segni minori di demoralizzazione; per lo che formano quasi una classe a parte. E chi rifletta che il mobile dell' infanticidio è la vergogna, non troverà temerario questo mio giudizio. La legge pubblicata in Francia il 25 giugno 1824 permise nell' art. 5 ai giudici di ridurre la pena di morte a quella dei lavori pubblici a vita a riguardo della *madre*. Ma questa legge non distinse fra madre legittimamente, o illegittimamente fecondata: perchè (come è chiarito dalle ragioni che ne furono addotte e prima e poscia) non fu quella legge dettata per considerazioni razionali, o di giustizia, ma per la considerazione empirica di portar rimedio alle frequenti assoluzioni con le quali i tribunali per aborrimento alla pena di morte rimandavano le infanticide. Sicchè questa apparente mitigazione non fu che una ipocrisia di rigore, come lo è stata recentemente la correzionalizzazione che di certi crimini si è fatta con la riforma del 1863. Il fatto delle frequenti assoluzioni rimpetto alla esorbitanza di una pena dovrebbe servire di lezione ai legislatori per erudirsi che quella pena è impopolare, e

perciò ingiusta; poichè ogni legge affinchè sia giusta dev' essere la *storia contemporanea del diritto* che naturalmente si svolge nei popoli, e che la legge sociale non crea, ma sanziona. Ma essi non vogliono profittare della lezione, mentre sono costretti a confessare l' antipopolarità della legge. Essi conservano quella pena esorbitante nei loro codici come spauracchio, quasi simbolo di speranza che la umanità retroceda, e che il popolo ricondotto all' antica ferocità, torni ad avere simpatica quella pena. E così transigendo a ritroso con la pubblica opinione si mostrano feroci e deboli nel tempo stesso.

§. 1214.

Questo errore della premeditazione presunta nella infanticida ha protratto i suoi funesti effetti fino ai giorni nostri. Il codice penale di Francia del 1810 decretò inalterabile la pena di morte (1) contro la infanticida, per codesta presunzione; che si riprodusse da Favre (*exposé des motifs art.* 300) allegando appunto che non poteva ammettersi dolo d' impeto in questo reato; perchè un bambino nato d' allora non poteva dar causa di sdegno. Tale argomento fu tacciato di sofistico da Destriveaux, e poscia da Imbert (*pag.* 17) avvertendo che appunto siccome *l' odio* è la passione costitutiva della premeditazione, così dal non poter essere un bambino oggetto di odio, doveva con logica migliore concludersi che l' infanticidio si deve presumere *non premeditato.* Del resto cotesto fatale argomento, che prolungò contro l' infanticidio un rigore intrinsecamente ingiusto, e politicamente dannoso, pecca di duplice vizio.

1.° Procede nel falso supposto che il *dolo d' impeto* non possa configurarsi che nella ipotesi dello *sdegno*. Falso supposto, perchè il dolo d' impeto può nascere anche per effetto di un fiero *dolore:* per esempio dalla disperazione della urgente miseria; può nascere dal *timore* che invada la donna al pensiero dei proprii pericoli ove sia scoperta la sua caduta morale; ed anche da un senso di *pudore*, onde elegantemente disse Imbert che la donzella diveniva infanticida *ex impetu pudoris*.

2.° Disconosce poi questa verità di fatto, che talvolta lo *sdegno* stesso può eccitarsi contro l' innocente bambino per conseguenza di una giusta collera eccitata contro gli autori dei suoi giorni, o piuttosto contro una oggettività impersonale rappresentata dal fatto della di lui generazione; la qual collera, sebbene aberrante, non può dirsi del tutto irragionevole e bestiale. Suppongasi un padre, un marito, reduce da lunga assenza, che repentinamente vengano a conoscere il proprio disonore pei vagiti di un bambino dato testè alla luce dalla figlia o respettiva moglie. Se costoro concitati a feroce passione pel dolore della subitanea scoperta, inveiscono anzichè contro la impudica che fugge, contro la innocente creatnra, potrà disputarsi sul grado maggiore o minore di scusa da concedersi, ma non potrà davvero sostenersi per ossequio ad nna presunzione giuridica, che costoro, i quali secondo il codice Francese sono rei d' infanticidio, lo abbiano commesso con premeditazione. Eppure cotesti broccardi, nei quali un tempo si fece consistere tutta la sedicente dottrina penale, hanno fatto consegnare al carnefice

migliaia di vite. Non si dimentichi mai che ogni giudizio sul dolo, perchè sia giusto, dev' essere sempre individuale e concreto. Guardiamoci come da velenoso serpe dalle regole generali in questa materia.

(1) Il codice Francese del 1804 (art. 287) puniva l' infanticidio con la deportazione, onde a ragione avverte l' Alberici nel suo *commento sul codice dei delitti e delle pene del cessato regno d' Italia (vol. 2, pag.* 21) che fu intendimento dei legislatori del 1810 di escludere affatto per questo delitto tutte le mitigazioni introdotte dalle leggi e giurisprudenze anteriori.

§. 1215.

La moderna dottrina della *imputazione* ha radice nella nozione generale del dolo, e nel carattere assoluto che egli ha di una potenziale graduabilità in qualsiasi condizione di fatto criminoso. La presunzione della premeditazione in certi delitti è uno dei più deplorabili errori della vecchia scuola. Qualunque fatto che possa con rapida mano consumarsi, ammette il possibile di una risoluzione istantanea; ed anche di una risoluzione che sia presa sotto l' impulso di veemente commozione dell' animo. E dovendosi ciò ammettere come possibile o bisogna negare che lo irrompere dell' affetto possa mai essere di scusa al delitto: o se si ammette in un genere di delitto bisogna ammetterlo in tutti; perchè tiene ai principii fondamentali ed alla teoria del grado nella forza morale del delitto; e della sua influenza sulla imputazione

dell' agente. Lo che vuol dire che tiene ai principii inalterabili della giustizia distributiva.

§. 1216.

Vi era dunque assoluta necessità di distinguere il caso dello infanticidio commesso per calcolo di avida speculazione, e il caso della donna che si fosse condotta alla strage della prole per l' aspetto del disonore che la minacciava se i vagiti di quella avessero palesato con lo irrecusabile documento della prova *necessaria*, un fallo da lei gelosamente tenuto occulto; per la previsione del dileggio e disprezzo a cui sarebbesi trovata perpetuamente esposta; per la paura di vessazioni e severe coercizioni per parte della famiglia; di tremenda vendetta per parte di un consorte tradito. Tutto questo apparato di paure agisce violentemente sull' animo della donna fecondata per illecito commercio, e nella occasione del parto la conduce ad una frenesia disperata; la quale deve ammettersi a lei come degradante la imputazione del suo delitto. Al che aggiunsero i fisiologi la osservazione che tale commozione dell' animo facevasi anche più energica per l' afflusso maggiore del sangue al cervello, e per la esaltazione del sistema nerveo, conseguenziali alle naturali fatiche del parto (1).

(1) Sugli speciali effetti fisiologici che le fatiche del parto producono sul cervello della donna si vedano Casper *traité pratique de médecine légale tom.* 1, *pag.* 312 — Pinel *traité médico philosophique sur l' alienation mentale sect.* 1, §. 8, *n.* 60.

§. 1217.

Codeste considerazioni spinsero i riformatori del giure penale per primo lor passo ad insegnare che nel reato d' infanticidio (tenutane ferma l' antica definizione) doveva ammettersi come scusa speciale la causa di salvare l' onore; e finalmente li condussero a ricostituirne la nozione su basi del tutto nuove. Ma e sotto la prima e sotto la seconda forma i tentativi della moderna filosofia penale incontrarono grave ostacolo negli aristarchi della scienza, sempre pronti a trasportare nel giure punitivo le dottrine puramente ascetiche. Costoro diressero avverso la novella dottrina (nè manca tuttavia chi si mostri entusiasta di siffatta (1) rigidità) il rimprovero di repugnanza morale. È immorale (dicevano, e dicono,) che un delitto si scusi con un fatto vizioso: e stimmatizzarono come profanatrice della morale la opinione di coloro che nella precedente fralezza della donna, e nel bisogno di occultarla, riconoscevano una scusa all' atroce delitto da lei commesso, od una impropriazione del titolo.

Questa obiezione però aveva il solito vizio, nel quale si cade tutte le volte che accordasi alla morale un predominio soverchio sul giure punitivo, che non è compatibile coi retti principii di questo. Il giure penale guarda allo stato dell' uomo nel momento in cui delinque. E se in questo momento trova le sue condizioni psicologiche in uno stato innormale, sia che vegga perturbata la intelligenza del colpevole, sia che vegga dominata da un impero potente la sua libertà,

deve ammettere la degradazione del dolo senza andare cercando la causa genetliaca di codesta condizione innormale. Inoltre il gius punitivo non guardando nel delitto un fatto morale soltanto, ma in modo primario un fatto politico, non misura la quantità politica dei malefizi dalle sole loro forze soggettive, se non in quanto risponda a coteste una diversità nelle forze oggettive. Laonde per lo stesso principio per cui dove trova un risultato meno dannoso valuta come minore nella quantità naturale il malefizio, perchè è minore la sua forza fisica oggettiva; così quando trova che in certe condizioni un fatto arreca minore spavento nei cittadini, bisogna che lo giudichi di una minore quantità politica, perchè minore è la forza morale oggettiva di tale malefizio (2).

(1) Non mancano gl' idolatri dell' antica inesorabilità. Così nel 1855 Chatagnier (antico giudice istruttore) ha pubblicato in Francia un dotto volume sullo infanticidio; ove a tutta oltranza combatte questo, che egli chiama intollerabile sofisma, di valutare alla donna come minorante il pericolo dell' onore. È fra gli altri concludentissimo l'argomento che leggesi in questo libro a *pagina* 195. È una menzogna, egli dice, lo asserire che la fanciulla infanticida delinqua per la paura del disonore. Anzi essa mostra evidente di non temere niente il disonore, poichè commettendo lo infanticidio si espone alla pubblicità del giudizio e alla pena, ed eseguisce un atto dal quale ella sa che le ridonda un disonore assai più grave di quello che emerge dal primo suo fallo! Noi rispettiamo le convinzioni di tutti, ma una causa che si difende con siffatta logica ci sembra più disperata che buona.

(2) Che lo infanticidio (prescindendo da tutte le considerazioni che ne minorano la imputazione per la minorata forza

morale soggettiva) presenti un criterio speciale di minore quantità politica sotto il rapporto della sua forza morale oggettiva, lo trovo bene osservato recentemente anche in Whately *on secondary punishement append.* 2, *n.* 2, *pag.* 108. Non *dovrebbe* (scriveva poi G. C. Lewis nel 1831) ogni omicidio punirsi di morte. Noi vorremmo escluderne lo *infanticidio;* delitto che manca di tutti gli attributi che distinguono la uccisione degli adulti, cioè la *malvagità della* CAUSA; il *pericolo della società;* il *sentimento di allarme;* e la *coscienza della minorata sicurezza*, che quella occasiona. Ragioni dalle quali tutti sono inconsapevolmente trascinati quando una giovine donna è accusata di questo delitto, e che rendono i giudizii d' infanticidio poco meno che solenni artifizii (*contrivances*) per evadere decorosamente il brusco ed impolitico dettato della legge.

§. 1218.

Queste più miti dottrine prevalsero nella scienza e nel fôro; e la maggior parte dei codici contemporanei sonosi uniformati alle medesime: anzi gli sdegni dei rigidi moralisti sonosi calmati in faccia all' autorità del Sommo Pontefice, dopochè il codice Gregoriano (art. 276 n. 7) ha anch' esso riconosciuto doveroso di ammettere a pro della infanticida la scusa desunta dalla tema del proprio disonore. Ma la scienza moderna non si è limitata a conservare l' antica nozione dell' infanticidio, ed ammettere codesta scusa come caso eccezionale a favore della donna illecitamente fecondata. A questo primo passo si arrestò il codice Napoletano, che mantenne costante la pena di morte contro lo infanticidio; e soltanto ne degradò la imputazione (art. 387) quando esso fosse diretto ad occultare

per cagione di onore una prole illegittima. Come pure il codice Sardo del 1859, che dopo aver punito di morte (art. 531) lo infanticidio, ne degrada la pena riguardo alla madre (art. 532) che lo abbia commesso sulla prole illegittima. Ma la scienza moderna ha propriamente rifuso la teorica costituendo di questo caso il titolo unico e normale dello infanticidio, e rilasciando tutte le altre uccisioni d' infanti (1) nella classe ordinaria degli omicidii, da imputarsi e punirsi secondo le regole e criterii generali. Laonde oggi può dirsi così in faccia alla scuola, come in faccia alla maggior parte delle legislazioni contemporanee, che lo infanticidio non è più un omicidio *qualificato*, ma un omicidio *scusato:* non è più un omicidio *nominato* per cagione di odio; ma un omicidio *nominato* per cagione di favore.

(1) Non occorre notare che nell'infanticidio neppure si tenta d' insinuare la distinzione tra figli *naturali, spurii, adulterini, incestuosi o sacrileghi.* E questa è una nuova dimostrazione di quello che sostenemmo di sopra intorno la inaccettabilità di siffatta distinzione in tema di parricidio. È evidente la influenza della doppia ragione degli analoghi, e dei correspettivi.

§. 1219.

Laonde oggi lo infanticidio si definisce (1) — *la uccisione di un bambino nascente, o nato di fresco, commessa con atti positivi o negativi dalla madre illegittimamente fecondata, per il fine di salvare il proprio onore o di evitare sovrastanti sevizie.*

(1) Accettano questa riformata nozione il codice Badese §. 215 — il codice Toscano art. 316 — il codice Ticinese art. 263 — il codice Estense del 1855 art. 350, che per altro (art. 358) ammette solo la scusa delle sovrastanti sevizie — il codice Bavaro art. 157, che però con molta saviezza negò (art. 158) l' attenuante dell' onore alla meretrice — il codice dei Grigioni §. 102 — il codice Prussiano del 1851 art. 180 — il codice Spagnuolo art. 336 — il codice Svedese del 1864 cap. 14 §. 25 — il codice di Bolivia art. 568 — il codice del Wurtemberg art. 249.

Mantennero l' antica nozione, e accettarono la scusa del pericolo dell' onore, il codice di Parma art. 308 — il codice Napoletano art. 349, e 387 — il codice Austriaco §. 139 — il codice Sardo art. 525, e 532 — il codice del Brasile art. 197, e 198 — e il codice Gregoriano art. 276 §. 7.

§. 1220.

Dicesi — la *uccisione* — il che porta di necessità ad esigere dall' accusa la prova che il bambino fosse nato *vivo*. Nella uccisione di un adulto la semplice ispezione del suo cadavere dà segni indubitati che egli abbia precedentemente vissuto. Ma nel bambino recentemente nato, le condizioni generali del suo organismo non danno segni sensibili all' occhio di tutti della sua vita estrauterina. È dunque necessità costruirne con più accurate indagini la prova, perchè se rimane dubbio (1) che le violenze si siano esercitate sopra un cadavere, ossia sopra un bambino nato morto, manca la essenza di fatto del titolo di omicidio, per la quale si esige che siasi troncato il corso alla vita di un essere umano. Anche nello infanticidio si esige la prova rigorosa (2) del *corpo del delitto*.

(1) Anche gli antichi furono generalmente tenaci sul proposito della prova *materiale* del *corpus criminis* nello infanticidio: e insegnarono non bastare all'uopo, *etsi rea fateatur infantem vixisse, et clamorem edidisse, nisi simul aliunde de vita ejus constet:* Wernher *observationes forenses* 158, *pag.* 116. Vedasi Bassano *pag.* 59 — Paoletti *lib.* 3, *tit.* 14, *pag.* 211, ove riporta un caso pratico — Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 8, *n. IX.* E la necessità della prova specifica del *corpo del delitto* nello infanticidio si riconosce anche là dove (come in Inghilterra) la onnipotenza dei giurati è portata al suo apogèo; Wills *principles of circumstantial evidence pag.* 265.

(2) Sono discordi i pratici intorno alla *presunzione* da accogliersi come base alla prova della *vita* del feto. Berlichio (*pars* 4, *concl.* 7, *n.* 28) Baldo (*cons.* 69, *lib.* 5, *n.* 3 *et* 4) ed altri, sostennero doversi presumere che la creatura nascesse *viva*, e così incombere alla donna la prova positiva, che fosse nata morta. Farinaccio, Tesauro, Paponlo, Grivelli, nei respettivi paesi, propugnarono invece doversi presumere che fosse nato *morto*, finchè l' accusa non provasse con segni certi la vita estrauterina della creatura. E questa opinione fondata sui principii generali dell' onere della prova nelle materie criminali ha prevalso come doveva, e non ammette più contestazione ragionevole.

§. 1221.

La prova della vita estrauterina del neonato non può essere supplita dalla prova, per quanto evidente delle violenze esercitate sul corpo del bambino. Queste possono rivelare nella donna un animo avverso alla prole, una intenzione micidiale: ma la intenzione non basta a costruire il delitto; e potendo benissimo anche la donna essere caduta in errore, ed avere creduto

di spegnere una vita che mai non aveva avuto principio, cotesta sua opinione, la determinazione micidiale, e le esercitate violenze costituiscono tre fatti distinti, i quali non vogliono essere per modo alcuno confusi col fatto che si cerca; e non equivalgono alla prova che la creatura nascesse viva, e così che si abbia una vita umana troncata per la mano dell' uomo.

§. 1222.

Neppure può ciò bastare quando siavi congiunta la prova della *occultazione della gravidanza*, e della *occultazione del parto*. Sono oggimai riprovate le leggi di Enrico II di Francia e di Giacomo I d'Inghilterra, che condannavano a morte qualunque fanciulla avesse occultato (1) la gravidanza ed il parto, tostochè l'infante fosse perito. La occultazione è un fatto diverso, ma in punto di corpo di delitto non possono ammettersi equipollenti nè presunzioni.

(1) Una ordinanza di Enrico II di Francia del febbraio 1556 decretò che fosse irremissibilmente punita di morte la fanciulla contro la quale venisse a provarsi che essendo incinta aveva occultato la gravidanza ed il parto. Essa non poteva esimersi dal supplizio tranne col presentare il bambino. Siffatta ordinanza venne confermata da Enrico III nel 1586, e riprodotta da Luigi XIV il 25 febbraio 1708. Le ordinanze di Francia amalgamarono come elemento della loro severità la considerazione del battesimo e della sepoltura in luogo sacro di cui si era privato il bambino; e la idea della presunzione d'infanticidio. Ma ciò che è più singolare si è che secondo alcuni scrittori non ammettevasi a scusa neppure la prova che il bambino non fosse nato vi

tale, o fosse nato morto. Serpillon nel suo erudito commentario alla ordinanza del 1670 (*vol.* 1, *pag.* 116 *a* 119) riproduce il testo della ordinanza di Enrico II che da varii criminalisti moderni non trovasi ricordata fra le fonti del diritto criminale francese. Esso riporta però parecchie decisioni dei parlamenti di Francia, i quali stabilirono che bastasse a salvare la ragazza la prova di avere dichiarato il suo stato a qualsiasi persona privata, purchè proba; e nota un caso in cui si ritenne sufficiente la dichiarazione fattane in confessione. Comprende ognuno, che mentre Luigi XIV con la dichiarazione del 1708 prescriveva che la ordinanza di Enrico II si dovesse leggere ogni tre mesi dai parrochi delle campagne all' altare, la giurisprudenza dei parlamenti rendeva quasi nulla la sua pratica influenza Filangieri *scienza della legislazione lib.* 26, *cap.* 3, *tom.* 1. La idea di costringere la ragazza incinta a fare dichiarazione solenne della sua gravidanza ad un pubblico ufficiale non era compatibile con la delicatezza francese, e non poteva prender radice in quella generosa nazione. Al contrario sembra dalla conclusione dell' art. 131 della costituzione Carolina, che la circostanza della occultazione della gravidanza e del parto si considerasse in Germania come ragione sufficiente per inquisire la donna; ma non mai come bastevole ad infliggerle la pena dello infanticidio: Hommel *rapsodiae* 271. Onde il Besoldo (*thesaurus practicus pag.* 517, *tom.* 1) scriveva *in Gallia occulte pariens occiditur*, *in Germania torquetur.* Non bisogna peraltro dimenticare che l' occultamento della gravidanza è segno di un resto di moralità e di pudore, che non poteva coltivarsi molto idoneamente con lo avviso trimestrale che in tempo di messa doveva leggere il curato alle giovinette della sua parrocchia invitandole a dichiarare se erano gravide.

§. 1223.

Codesto fatto potrà talvolta giustificarsi con prova *storica* e diretta; mercè testimoni i quali asseverino di aver veduto il bambino agitarsi spontaneamente dopo uscito dall' alvo materno, o di averne udito i vagiti. Ma poichè codesti parti ordinariamente avvengono in luoghi remoti, e fuori dell' altrui presenza, sarà raro il caso in cui la prova storica soccorra l' accusa.

§. 1224.

Farà dunque mestieri ricorrere alla prova *peritica*. Spetta alla medicina legale descrivere i modi coi quali il perito (1) può accertarsi dalla ispezione del piccolo cadavere, se la creatura abbia o no goduto una vita estrauterina. Grandi studi sono stati fatti su questo proposito. Un tempo si ebbe come prova apodittica la così detta *docimasia polmonare*, introdotta nel fòro la prima volta da Schreger nel 1682, consistente nello sperimentare la natazione dei polmoni nell' acqua. Poi questo metodo fu congiunto ad ulteriori osservazioni sulle condizioni della cavità toracica. Venne in seguito modificato dal Plouquet. Poscia suggerì l' Orfila altro metodo di *docimasia polmonare*. Altri screditarono tutti codesti sistemi osservando che i medesimi potevano risultare fallaci, perchè vi era il caso di riscontrare uguali segni anche nel polmone del bambino che fosse nato morto — 1.° per malattia del polmone — 2.° perchè un malevolo avesse insuf-

flato nella bocca del bambino morto — 3.° perchè il bambino nascente avesse momentaneamente respirato, potendo anche nel tempo del parto avvenire la respirazione, e la espirazione del feto — 4.° per putrefazione. S' idearono allora altri metodi di docimasia, e specialmente la *vascolare*, e la *addominale*. Ma di tuttociò non è istituto nostro discorrere (2). Soltanto da noi deve notarsi che in questa importante ricerca i giudici devono grandemente deferire dalla opinione dei medici. Ma deve però esser sempre ammesso il giudicabile a controprovare avverso la diagnosi congetturale dei periti, e costruire siffatta controprova tanto col mezzo di periti a difesa, quanto anche, ove soccorrano, con prove storiche che talvolta possono valer meglio. E deve non dimenticarsi mai che qualunque dubbio rimanga vuol essere risoluto nel senso favorevole all' accusata.

(1) Non è peraltro a dimenticarsi che i periti debbono formare il giudizio proprio sui principii e criterii dell' arte loro, e non sulle circostanze del processo come troppo spesso fanno; in tal guisa si trasformano in giudici di fatto usurpando un' autorità che non hanno per velare la propria ignoranza. Mi piace qui riferire le giustissime osservazioni di Laujardiere (*de l' infanticide pag.* 89) — *ce que nous ne saurions admettre, c' est de voir le médecin, contrairement à la loi, procéder à une sorte d' enquête avant de fixer son diagnostic. Le médecin ne peut oublier sa mission au point de se transformer en juge d' instruction, comme nous l' avons vu quelquefois. Il doit se borner à son rôle de médecin: constoter si la vie s' est produite, et si, dans sa conviction, cette vie a cessé par une manoeuvre criminelle qu' il doit claire-*

ment indiquer. Le médecin expert n' a pas à chercher la base de sa détermination dans des temoignages, mais bien dans l' examen scientifique du cadavre de l' enfant; l' expert doit préalablement et toujours attester, par des raisons médicales sérieuses, la réalité de l' existence de l' enfant; ce n' est qu' apres cette première démonstration essentielle qu' il aura à rechercher la cause qui a mis fin à une existence incontestablement acquise, et à faire connaître les motifs qui lui font attribuer la mort soit à une cause naturelle, soit à une manoeuvre criminelle qu' il devra clairement énoncer. En dehors de cette marche, il n' apportera aucune preuve déterminante.

(2) La incertezza della prova docimastica benchè da molti (Hertius *Responsa et consilia respons.* 283, *n.* 1) proclamata *infallibile argumentum*, fu appuntata anche dai giuristi del passato secolo: Behmero *novum jus controversum, Observatio* 67. Vedasi Casper *médecine legale vol*, 2, *pag.* 458 — Duvergie *médecine legale vol.* 1, *pag.* 402.

§. 1225.

La parola — *nascente* — si è dovuta aggiungere dalla scienza moderna alla nozione dello infanticidio, per sopire l' eterne dispute (1) insorte fra i giuristi e fra i medico-legali, relativamente al caso speciale di un bambino ucciso nell' atto medesimo in cui nasceva, e prima che fosse interamente uscito e staccato dal ventre materno. Questo a tutto rigore di termini non si poteva dir *nato;* nè poteva dirsi un *aborto* più non essendo allo stato di *feto.* Di qui le infinite dispute su questo caso che stava in certa guisa fra il feticidio e lo infanticidio, e che l' ultimo stato della dottrina teorica ha parificato a quest' ultimo. Sarà però sempre

necessaria la prova della respirazione? Potranno i periti medici convertire in una prognosi di vita futura quella che la scienza e la pratica fino al di d' oggi esigeva che dovesse essere una diagnosi di vita verificata? Cosa è la *vita?* Qual è il momento in cui essa comincia? Qual è il segno caratteristico, o meglio dirò il *fatto costitutivo* del suo principio? Il *moto* del bambino no; perchè esso si muove anche entro l' utero, mentre (non avendo ancora acquistato una vita indipendente da quella della madre) indubitatamente non può essere soggetto passivo d' altro titolo che di *feticidio.* La questione (2) è grave, e piena di difficoltà e di pericoli.

(1) Il codice Austriaco §. 139 parifica la strage dello infante nascente a quella del nato, e il codice di Prussia ha ripetuto uguale disposizione. Ma i medici legali ed eminenti giuristi con loro hanno censurato il pensiero di denominare infanticidio la strage del non ancor nato, come inesatto e contrario alla verità delle cose. Vivere dicono essi è respirare; senza respiro nessuno ha vita. Uccidere vuol dire toglier la vita: ma a chi non ha ancora cominciato la vita essa non si può togliere. Impedire lo acquisto della vita ad un essere è una cosa: togliere ad un essere una vita già acquistata è altra cosa diversa. Voi potete dettare severe sanzioni contro questo fatto malvagio della strage del feto nascente; ma non lo potete chiamare *infanticidio*, perchè non si può uccidere chi non è ancora nato. Questo fatto non è un aborto perchè la vita fetoplacentale è cessata naturalmente, a causa della maturità del feto: ma neppure è un infanticidio. È uno impedimento ad acquistare la vita; non un toglimento della medesima.

(2) I progressi della dottrina penale non si devono soltanto agli studii dei dotti, o alle speculazioni dei filosofi.

Diede loro frequente occasione anche il raffinamento della umana scelleratezza. Io credo che forse la novella teoria, per cui si equiparò la strage del bambino *nascente* a quella del bambino di *fresco nato*, fosse una necessità consequenziale ad un infame metodo d' infanticidio inventato da alcune madri, le quali ponevano la figlia partoriente in un bagno, e col tenere la creatura uscita dall' utero sott' acqua fin che perisse, eludevano le investigazioni dei medici che venivano a cercare nei polmoni della vittima i segni della respirazione. In faccia a certi pericoli è pur troppo una fatale necessità di declinare talvolta dai principii i più positivi, e chiudere gli occhi anche su qualche incongruenza scientifica. Sarà dunque vero che sotto il punto di vista fisiologico il *nascente* non possa dirsi nè *nato* nè *infante*. Noi non amiamo ingombrare la nostra via con tali disamine, nè avremmo lumi bastevoli per darvi giudizio. Ma certo è che la legge penale deve sbarazzarsi da simili ambagi; e che per lei è una necessità adeguare in regola il nascente al nato, salvo le debite cautele nel giudizio pratico sulla realtà della vita.

§. 1226.

Le parole — *nato di fresco* — della definizione sono il modo prescelto ad esprimere il concetto giuridico dello infanticidio: il quale consiste in ciò che la nascita del bambino non sia stata *manifestata alla famiglia* od ai vicini; sicchè la *causa* di spegnerlo sia stata quella di *occultarne* la esistenza per occultare il fallo commesso. In ciò sta il criterio che essenzialmente distingue lo *infanticidio* dall' *omicidio*. Nei congrui casi può interessare in senso diverso sostenere o impugnare cotesto estremo. Se trattasi la questione sotto leggi che puniscono lo infanticidio di morte, interessa alla

difesa di sostenere che il bambino non era *di fresco nato* per evitare la morte, e andare alla pena dell' omicidio. Dove al contrario la pena della fanciulla infanticida è più mite, interessa alla difesa l' opposto (1). Per torre questa condizione dalla elasticità dello arbitrario, alcuni legislatori moderni tentarono di definire questa condizione mediante i numeri (2). Così il codice Bavaro del 1813 (art. 159) e il codice di Oldemburg del 1814 (art. 164) e il codice Spagnolo del 1848 (art. 336) stabilirono che il soggetto passivo dello infanticidio doveva essere un bambino nato da *tre giorni.* Il codice Sassone dell' anno 1855 (art. 614) e il progetto portoghese (art. 180) limitano lo spazio a *due giorni.* Il codice Napoletano definì codesto spazio referendosi non ad un *tempo* ma ad un *fatto:* e qualificò infanticidio (art. 349) la uccisione di un fanciullo di recente nato, e *non ancora battezzato, o iscritto nei registri* dello stato civile. Ma tutti codesti conati sono pericolosi, perchè nelle contingenze dei casi possono non ritrarre esattamente il concetto dal quale s' informa la nozione dello infanticidio. Il codice Toscano, benchè in questa parte seguisse gli ultimi progressi della scienza, tornò ad esprimere la idea con una formula non definita nè da un *numero d' ore* nè da un *fatto;* dicendo che la uccisione doveva essere commessa *durante il parto o poco dopo il parto* (3).

(1) La differenza fra titolo e titolo è sensibile così nella vecchia come nella odierna scuola. In quella perchè lo infanticidio era più severamente punito: in questa perchè è pu-

nito più mitemente dell' omicidio. Ma avvertasi bene che non bisogna tanto aderire alle accidentalità del tempo, o delle *cure prestate* per delineare la nozione di questo reato circoscrivendola in una materialità. Bisogna affisare sempre la mente nella *causa* dello uccidere, la quale dev' essere quella di salvare l' onore della donna. Qui sta il criterio dominatore della nozione dello infanticidio. Tramutarlo in una materialità conduce a pericolosissimi assurdi. Può accadere che una donna maritata, dopo essere stata fecondata illegittimamente nell' assenza del marito, sgravatasi della prole, le abbia nascosamente porto anche per qualche giorno pietosa le cure materne nella speranza che il marito non fosse sì tosto reduce, e nella espettativa di propizia occasione per inviare la creatura ad un pubblico stabilimento. Ma ecco le si annunzia inattesamente il ritorno anticipato del fiero marito. Egli già si appressa alla soglia domestica. La donna si sente perduta, e nella disperazione e terrore del momento distrugge il testimonio della sua colpa. Se rigorosamente si aderisce al requisito formulato nei termini di *recentemente nato*, o delle *non prestate cure*, o simili, questo dovrà dirsi un *omicidio*, e sottoporsi alla pena ordinaria; mentre quella donna aveva fatto ogni possibile suo per salvare la creatura compatibilmente alla conservazione del suo onore e della sua quiete domestica. Che se invece, più barbara ed ottusa ad ogni mite pensiero, avesse spento la prole appena data alla luce, non vi sarebbe stato luogo a dubitare del titolo d' *infanticidio*. Ciò è repugnante. Il criterio speciale della nozione d' infanticidio nelle odierne scuole tutto tiene alla *causa di uccidere* che dev' essere quella di salvare l' onore: ed è per ciò che codesto criterio deve tenersi come dominatore della questione.

(2) Il codice Francese non avea definito *tempo:* onde la incertezza della giurisprudenza. La Corte di Liege 20 giugno 1822 decise che un bambino di 14 giorni non era *recentemente nato*, come in quel caso pretendeva l' accusa. La Corte di Cassazione con decreto del 31 decembre 1835

ha detto che occorre un tempo *vicino* alla nascita, il che non ricorre in un bambino di 30 giorni. Rauter insegna che lo spazio non può estendersi oltre le 24 ore. Chauveau lo estende a 3 giorni, purchè non sia iscritto sui pubblici registri. Ma a che confondersi nella definizione del tempo? Si vuol pure esprimere un concetto giuridico? Il concetto giuridico è pur quello che la uccisione del fanciullo sia commessa *per occultare* il parto? Si definisca dunque il fatto secondo tale intenzione, non si errerà mai. I giudici accertino che la *intenzione* fu quella; e la nozione dello infanticidio sarà giustamente applicata. O si consideri lo infanticidio come *qualificato* e più odioso dell'omicidio; o si consideri come *scusato;* il concetto giuridico è sempre l'istesso. Lo è nel primo caso; perchè la ragione politica dell'odio non nasce nè dal vincolo del sangue, nè da un'ora più o meno di vita; ma da un maggior *bisogno di protezione*. E da che nasce il maggior bisogno di protezione? Da *non esser nota la sua esistenza:* evidentemente da questo, e da niente altro mai; perchè tranne sotto questo rapporto il bisogno di protezione è uguale nel bambino nato da un'ora, e nel bambino nato da un mese. Lo è nel secondo caso; perchè il bisogno di occultare il parto (che è il movente da cui nasce la scusa) non può più invocarsi con sincerità, quando il parto è divenuto notorio. Fermo in questa idea io dico che può non trovarsi infanticidio nella uccisione di un bambino nato da un'ora, se in quest'ora è stato veduto da tutto il vicinato: e che può essere nel bambino nato anche da quattro giorni, quando si verifichi il caso (raro ma pur possibile) che la donna dopo aver partorito in una casa solitaria, ed avere per più giorni alimentata nascostamente la creatura nella espettativa di un soccorso che le era stato promesso, tradita e disperata siasi poscia decisa ad ucciderlo.

Wernher (*inst.* §. 545) spinse codesta idea fino all'ultima sua deduzione logica, ammettendo il *privilegium levioris poenae* come possibile anche un *anno* dopo la na-

scità. Fu censurato, e veramente la supposizione di tale ipotesi tocca lo esagerato. Ma tutto dipende dallo stabilire il cardine fondamentale della teorica. Se questo si trova nello stato innormale della partoriente, il limite non può essere che brevissimo: ma allora si parli di *degradazione*, e non di *titolo speciale*. Se invece vuole accettarsi la nozione di un *titolo speciale* sul cardine della *causa*, Wernher è logico. Tutte le questioni di applicazione dipendono dalla esatta determinazione del principio su cui si asside una teorica. La formula di Mende, che vuol desumere il criterio dallo essere stato o no *alimentato* lo infante, è una idea tutta medica che procede dalla considerazione del soggetto passivo, senza nessuna dipendenza con lo elemento *ideologico* del malefizio. Anche l' altra dottrina medica, che procede dalla mera considerazione della innormalità psicologica prodotta dalle fatiche del parto, non può assumersi come *presunzione*, poichè condurrebbe a distinguere tra parto laborioso, e non laborioso. Il giurista che cerca una regola in questo argomento non ha base solida che nella contemplazione della *causa*.

Io penso pertanto che meglio esaminata la cosa non debba farsi caso del tempo, nè di altre circostanze, ma della *causa*. Perchè vogliasi o no se lo infanticidio è scusato, è scusato per la causa, e non per altro che per la causa: E se lo infanticidio si tiene per qualificato, vogliasi o no, è qualificato per la *causa*, e non per altro che per la *causa*. Dovrebbe dunque a mio credere rettificarsi la nozione di questo delitto, e richiamare i giudici unicamente a verificare se il bambino fu ucciso *pel fine di salvare l' onore della donna*. Con ciò si eviterebbero le *insolubili* questioni sul tempo; e si eviterebbe di vedere ammessa dalla legge la scusa a favore di una recidiva, o di una pubblica tollerata, nei quali casi pare a me (non per mera considerazione morale, ma per effetto di pura logica) che sia un vero abuso della moderna dottrina umanitaria lo spingerla sino a favo-

rire quelle donne nelle quali non ricorre la ragione a cui s' ispirò siffatta dottrina.

(3) Formula analoga usa il codice Prussiano §. 180, e l' Austriaco a §. 139.

§. 1227.

L' antica scuola fu costretta a segnare la regola, che la uccisione *colposa* di un infante non dovesse punirsi come *infanticidio* ma come *omicidio* colposo. (Puccioni *saggio pag.* 452) perchè trovando nella definizione dello infanticidio il requisito del *dolo*, avrebbe lo infanticidio colposo sfuggito qualunque pena se non si sosteneva la degenerazione del titolo. Molte legislazioni avevano dimenticato provvedimenti speciali per lo infanticidio colposo, per la ragione che i genitori quando per imprudenza loro siano stati causa della morte del bambino sono più degni di commiserazione che di pena. Ma questa considerazione non potendo procedere in tema di prole illegittima, i dottori supplirono alla lacuna della legge col negare il titolo d' infanticidio colposo, acciò non restasse in questo caso impunito. Ma io per altro non ho aggiunto nella definizione la formula *dolosamente*, perchè nella nozione dello infanticidio novellamente ricostruita si ammette come pertinente a cotesto titolo anche la uccisione del neonato commessa per *colpa;* e il codice Toscano (art. 320) la punisce col carcere da due mesi ad un anno.

§. 1228.

Lo infanticidio colposo non è però lo identico che lo infanticidio commesso con *atti negativi*. Può in questi atti estrinsecarsi anche il vero dolo, quando siano diretti a procurare la morte del bambino. Non è la forma esteriore quella che delimita i due casi. Lo identico atto (per esempio la tralasciata legatura del funicolo ombellicale) può presentare uno infanticidio colposo quando derivi da imperizia o disavvertenza, e può esaurire i termini dello infanticidio doloso quando proceda dallo intendimento di fare in tal guisa perire la creatura (1).

(1) Cramer *observationum, vol. 3, observatio* 885. Sulla omessa legatura del funicolo disserlò specialmente Boehmero *novum jus controversum observatio* 65. Lo ammettersi o negarsi dalla legge il titolo d' infanticidio colposo influisce eziandio sopra ulteriori questioni. In Francia (Cassazione 25 novembre 1841) si è ritenuto che quando una donna è stata tradotta alle Assise per accusa d'*infanticidio* ed è stata assoluta, possa inviarsi al tribunale correzionale per lo identico fatto della uccisione di quel bambino a rendervi conto di omicidio colposo: Morin *art.* 8299. Ciò non parve offendere la regola della *rejudicata*, e del *non bis in idem* per la *diversità del titolo*. Ma in realtà è una conculcazione di tali regole. Appo noi non potrebbesi fare altrettanto perchè lo essere doloso o colposo, è una forma dello stesso titolo; il quale purgato una volta è purgato sotto tutte le sue forme possibili.

Il verodetto che negò la colpevolezza dell' accusata non negò soltanto il suo dolo. No: negò tutto il fatto criminoso.

Negò che il bambino fosse *nato vivo*, e vuolsi che un altro tribunale possa dichiarare che nacque vivo: negò che ella fosse *l' autrice materiale* dei danni inferiti al bambino, e vuolsi che un altro tribunale dichiari che essa ne fu *l'autrice materiale:* negò che ella fosse in stato *d' intelligenza* e di responsabilità, e vuolsi che un altro tribunale proclami la pienezza del suo *intelletto.* Nel *no* dei giurati non esprimendosi motivazione nessuna, stanno possibilmente tutti i motivi: vi sono comprese tutte le negazioni possibili che escludono la colpevolezza, e tutte le affermazioni contrarie che proclamano la innocenza. Una successiva sentenza, la quale dichiari che costei uccise per imprudenza, contradice diametralmente tutte quelle affermazioni e tutte quelle negazioni. La cosa è di tale evidenza da meravigliare come possa neppure essersene dubitato; se lo zelo per le condanne non avesse un fascino che talvolta perverte anche le intelligenze più erudite.

§. 1229.

Dicesi dalla *madre;* ma è grave discordia fra i moderni criminalisti (1) se la scusa del pericolo dell' onore, o del pericolo delle sevizie sovrastanti alla donna, debba o no giovare anche alla madre o alla sorella della ragazza, le quali per pietà di lei l' abbiano soccorsa. Nel concetto dei più miti non sarebbe propriamente una comunicazione della *scusa personale;* ma piuttosto sarebbe un tener conto dello stato dell' animo di chi si muove a delinquere per lo aspetto del pericolo di persona a sè cara. Certamente sarebbe eccessiva di mitezza una completa adequazione: ma può essere altrettanto soverchia di rigore l' assoluta negazione di ogni minorante; specialmente in caso di sovrastanti sevizie.

(1) Parecchi scrittori insegnarono non doversi limitare la efficacia della scusa desunta dal bisogno di salvare l'onore alla sola *donna* illegittimamente fecondata. Possono esserci persone alla donna stessa attenenti, alle quali interessi l'onore della donna per guisa da subire la volontà loro una forte pressione all' aspetto del suo pericolo. Giuliani *(II,* 255) estende la scusa all' autore della gravidanza, e pone nella definizione come *soggetto attivo* dello *infanticidio* anche il *padre:* lo stesso il Puccioni *Saggio pag.* 452. Niccolini *(part.* 3, *concl.* 32) la estese anche allo *estraneo* che per amicizia alla donzella illegittimamente fecondata si rese coautore d' infanticidio con la medesima per salvarle l'onore; e le sue conclusioni furono seguitate dalla Gran Corte di Napoli. Esattamente parlando il mobile che si valuta come scusa è differente fra caso e caso. Nella donna fecondata è il pudore. Negli altri può essere o l'amore, o l'onore della famiglia. Il codice Napoletano del 1819 aveva ammesso la scusa con un *linguaggio impersonale*, per cui si faceva balìa ai giudici di estendere la modificazione della pena anche a favore di estranei autori e partecipi dello infanticidio, col dichiarare che causa del fatto era stato il bisogno di salvare l' onore della donna. Il codice Sardo all' art. 532 non favoriva che la donna stessa illegittimamente fecondata. Ma nella occasione in cui quel codice venne esteso alle provincie napoletane dovette anche cotest' articolo, come altri, essere modificato, sostituendovi l' articolo del vecchio codice Napoletano. Vedasi Cosentino *codice penale Italiano pag.* 375.

Ammesso che il codice Toscano non valuti la causa di salvare l' onore che in pro della donzella stessa e non a favore dei genitori di lei, o di altre persone che abbiano identico interesse, risorge la solita ancipite questione (che già parecchie volte toccai nei miei scritti) circa la *comunicazione* ai partecipi. Se lo infante fu ucciso dalla mano della donna, e gli altri non furono che *ausiliatori* di lei, è chiaro che il titolo viene definito dall' art. 316; e che perciò gli ausiliatori di lei sono puniti come partecipi di un *infan-*

ticidio, e non di un *omicidio*; e così godono minorazione di pena. Ma se invece la fanciulla non fu che coautrice, sia perchè (secondo il linguaggio del codice) istigò altri alla strage, sia perchè alla strage eseguita da altri essa materialmente cooperò; che dovrà egli dirsi fra questi *due autori?* Da qual di loro dovrà determinarsi il titolo? E se poi per lo contrario non può dichiararsi *autore* che il solo estraneo perchè alla fanciulla non possano rimproverarsi altri atti tranne quelli di semplice *ausilio*; qual ne sarà la conseguenza? La teoria francese risponderebbe che l' autore unico del delitto essendo lo estraneo, il titolo deve definirsi dalla persona dell' autore, e così dirsi nato non un *infanticidio*, ma un *omicidio*; il quale se fu premeditato conduce l' autore allo estremo supplizio, e la complice ad una pena misurata su cotesta norma. Il Carmignani, e i seguaci della dottrina della *individuità* del titolo, ripeterebbero essere un assurdo che un identico fatto costituisca due *titoli diversi* di reato rispetto a due partecipi per la diversità delle respettive condizioni personali. Ma così la prima formula come la seconda portano alla conseguenza che la donzella debba essere punita meno se con le proprie mani eseguì la barbara strage della creatura, e punita di più se aiutò soltanto altri a commetterla. Ecco una nuova forma sotto la quale si presenta l' arduo problema della *comunicazione delle condizioni personali* fra i condelinquenti, problema non ancora elaborato abbastanza dalla scienza. Il problema non si può sciogliere nel tema presente con la teorica delle *scuse* che sono personali a colui che ne presenta le condizioni. Il codice Toscano non decreta una *scusa*, nè ordina una *diminuzione* della pena ordinaria. Esso costituisce un nuovo e speciale *titolo* nello *infanticidio*; nel modo stesso che altri codici non parlano di aggravazione di pena contro il figlio uccisore del padre, ma fanno sorgere il distinto titolo di *parricidio*.

§. 1230.

Aggiungo nella definizione — *pel fine di salvare l'onore, o evitare sovrastanti sevizie* — perchè in questa idea ed in questo fine sta tutto il fondamento della teorica che qui si descrive. Nè questo radicale concetto si esprime bastantemente limitandosi (come si appaga il codice Toscano art. 316) a designare il fatto dello illecito (1) concepimento. La causa che impropria il titolo di omicidio e lo converte in infanticidio, secondo la moderna dottrina è il pericolo dell'onore. La illecita fecondazione *può* eccitare codesta causa, e la ecciterà nei casi ordinarii. Ma quando trattisi di infanticida recidiva (2) o di altra donna che faccia professione dell'onore perduto, obbligare il giudice ad usarle benignità per un riguardo all'impeto del pudore, ella è cosa non meno ingiusta che risibile. Vuolsi una prova ulteriore del vizio d'insufficienza inerente alla formula della *illecita fecondazione*? Si guardi un'altra ipotesi e ne saremo indubitatamente chiariti. Una fanciulla si è data in braccio al suo amante: rimasta incinta questi vuole abbandonarla; ma la ragazza ne fa scalpore, invoca le autorità e costringe il giovine a sposarla: le nozze cuoprono il disonore: ma lo illecito concepimento è notorio nella contrada: viene il giorno del parto e la madre uccide la creatura. Si dirà che questo è un infanticidio scusato dal pericolo dell'onore? Niuno vorrebbe asserirlo. Ma con la formula toscana stando in fatto la illecita fecondazione bisognerà accordarle l'applicazione del titolo più

benigno. Con la formula *a fine di salvare l' onore* si evitano tutti questi inconvenienti e tutti questi pericoli.

Apparisce da quanto dice Laujardiere *(de l' infanticide pag.* 3) che in Francia molto frequentemente gl' infanticidii si commettano dallo stesso seduttore. Ciò è molto raro fra noi. E veramente sotto questa forma il delitto apparisce assai più odioso. Ma anche qui io penso che con la formula desunta dal fine di salvare l' onore si concilino tutti i riguardi e si riduca la nozione dello infanticidio ad una costante esattezza nella sua applicazione. Lascisi la formula materiale della *illegittimità* del concepimento e si cerchi il criterio di questo speciale reato nel *fine di salvare l' onore;* e con ciò si darà al giudice intelligente il mezzo di misurare condegnamente la imputazione non già col mezzo (notisi bene) della teorica del *grado*, ma col distinguere la *nozione* del reato anche nella ipotesi di uccisione eseguita dal seduttore, o da altro estraneo. Mi spiego. Stando la essenza dello speciale titolo in quella *causa* ne viene la necessità di distinguere. Se il seduttore ebbe piena libertà di assistere la ragazza, o di farsi consegnare da lei il frutto del suo ventre, come potrà egli asserire di avere agito per salvare l' onore della donna amata quando venuto in possesso del prezioso fardello egli invece di recarlo ad un ospizio, od almeno esporlo in luogo dove potesse trovare salute, barbaramente lo trucidò? Qual sarà il giudice che possa con coscienza affermare che quello fu il fine rispetto ad un uomo libero padrone di sè e dei suoi moti? Costui agì per un fine barbaro, per risparmiarsi le noje del collocamento e del trasporto

col quale poteva senza pericolo dell' onore della donna salvare lei stessa, e la creatura ad un tempo: a lui non si addice il titolo *d' infanticidio*, ma quello di omicidio, e il più spesso di omicidio premeditato. La donna può avere *quanto a sè* una scusa se aderì alle brutali volontà del suo amante; può anche essere stata ingannata avendo creduto che egli andasse a collocare il bambino in luogo di salvezza. Ma rispetto all' uomo (ed a qualunque estraneo in siffatti termini) il delitto non è un infanticidio perchè la *causa di uccidere* quanto a lui non fu *il pericolo dell' onore* della donna. Quando invece così lo assistente della ragazza come ella stessa, versavano in tale situazione personale da rendere ad entrambo impossibile (o per lo meno assai malagevole) sottrarre il neonato alla vista o all' udito dei congiunti e dei curiosi vicini, allora la *causa vera* per cui s' impropria questo titolo di reato riprende tutto il suo impero, e deve esercitarlo con proporzionata misura per tutti i partecipi del maleficio. Ecco come io intendo che si debba applicare nei casi pratici la formula desunta dal fine: ed ecco perchè io la trovo per ogni lato conforme ai principii regolatori della materia, ed ai bisogni della giustizia. Come è assurdo ammettere il titolo eccezionale per la donna che sia pubblica meretrice, così è assurdo ammetterlo per quella donna che si sgravi (a modo di esempio) in un casamento isolato, circondata dai servi che l' assistono o da amici suoi, i quali hanno pronti cento modi per occultare il fatto senza trucidare il bambino. In questi termini il pericolo dell' onore è un pretesto affettato per cuoprire un senti-

mento crudele, e il movente dell' avarizia; e il titolo da applicarsi è quello di omicidio.

(1) Vedasi la nota 3 al §. 1385.

(2) Quando uso qui la parola *recidiva*, la uso per modo di dimostrazione, e per esprimere una idea, la quale ricorre tanto nel caso di recidiva *vera*, quanto di *finta*, ed anche di semplice *ripetizione* di reato; la idea cioè che la scusa del timore della infamia non possa ammettersi a favore di donna che già abbia notoriamente perduto la reputazione di onestà. Anche qui il fatto di un precedente infanticidio non bisogna prenderlo nella sua indole *materiale* di fatto per sè stesso esclusivo di ogni scusa allo infanticidio susseguente. Intanto cotesto *fatto* sarà operativo di conseguenze giuridiche che refluiscano sulla indole del susseguente reato, in quanto sia per lui cessata la *causa* che specializza il delitto d' infanticidio. La pubblica tollerata può bene anche al primo suo parto sentirsi obiettare che essa non incrudelì contro la prole per tema di perdere la riputazione, ma per tedio delle cure materne, o per ferità di cuore. E al contrario (come bene osservarono Niccolini, e Mittermaier) la fanciulla, che dopo un primo parto, od anche dopo un primo infanticidio rimasto occulto, abbia conservato o nel proprio paese, o in altra regione dove emigrò, la riputazione di onesta zittella, può a tutta ragione invocare a sua discolpa il pericolo dell' onore. Può ancora (aggiungerò io) invocare la causa del pericolo di sevizie, anche la stessa recidiva, quando essendosi maritata dopo il suo primo delitto sia rimasta incinta nella assenza del geloso marito. Queste osservazioni mostrino le grandi difficoltà che s' incontrano quando si vuol definire in un codice penale una data condizione giuridica. Bisogna per quanto si può, studiare di definire la *idea*. Quando prendesi come elemento di una definizione alcuna cosa che tenga alla personalità od a certe materialità, si corrono gravi pericoli. De-

finita la idea nessuni se ne corre, perchè tutte le variabilissime condizioni del fatto restano nella libera valutazione del giudice chiamato a decidere, se la idea definita dalla legge sia o no alle speciali contingenze applicabile. Del resto bene osservò lo stesso **Mittermaier**, che anche alla infanticida recidiva possono essere sempre valutabili le scuse che i fisiologi trovarono nelle morbose condizioni della partoriente. Ma portando la scusa su codesto terreno, si va nella pura e semplice teoria del *grado*, nè più siamo nei termini di un *titolo* speciale per la sua minore politica quantità. Il furore anche momentaneo, e qualsiasi morbosità che minori la forza morale soggettiva del delitto, opera come scusa indistintamente in ogni malefizio. Del pari si rientra nella teorica generale del grado quando come ulteriore scusa alla infanticida si valuta la *instigazione materna*. Questa è certamente apprezzabile, e comunemente apprezzata (Cramer *opuscula opusc. 7, vol. 3*) ma non se ne modifica la *quantità* del delitto.

§. 1231.

Da ciò è chiaro che oggi lo infanticidio presenta tre gradi possibili d'imputazione. Il sommo quando sia *deliberato* dalla donna prima del parto. Il medio quando sia commesso per istantaneo *impeto di pudore*. L'infimo quando sia commesso per evitare *sovrastanti sevizie*.

§. 1232.

La *penalità* dello infanticidio, che secondo l'antica nozione fu costantemente l'ultimo supplizio (1) è ridotta dal codice Toscano (art. 317 e 318) secondo la moderna nozione alla casa di forza estendibile nel

caso semplice fino a dieci anni se improvviso, e fino a quindici se deliberato; e nel caso di timore di sevizie fino a dieci anni se deliberato, e fino a sette se improvviso.

(1) Malgrado però la minaccia universale della pena di morte contro le infanticide, non fu mai penuria di questo delitto, e se n' ebbe invece copia maggiore nei tempi e luoghi, nei quali dominò il rigorismo, che non altrove. Chatagnier (*de l' infanticide pag.* 5) tesse una crudelissima e dolorosa storia della frequenza degl'infanticidii, dimostrandola nei più remoti tempi anche con l'autorità dei Santi Padri, e nei più recenti col mezzo di documenti e fatti eloquentissimi. Questo, d' altronde dottissimo, scrittore mostrò per altro con simile istoria quanto facilmente sfugga la percezione dei rapporti logici anche alle menti più erudite. Lo Chatagnier consacra il grosso volume, che egli ha testè pubblicato sopra l' infanticidio, al fine da lui reputato santo di chiudere il cuore di ognuno a qualunque sentimento di pietà verso le infanticide; nè vi ha sorta di argomento per quanto ardito e sofistico che da lui si intralasci, nè declamazione rettorica che si risparmi per dimostrare la necessità politica di consegnare le infanticide al carnefice. Ma ei non si avvede che da lato a cotesta tenace argomentazione inopportuna si asside la parte storica del suo lavoro; la quale facendo toccare con mano come gl' infanticidii si moltiplicassero frequentissimi anche in faccia al minacciato patibolo, persuade la inutilità della pena di morte, meglio che la sua proficienza; non avendo servito il supplizio repugnante al senso morale degli uomini, che a moltiplicare la impunità della delinquenza, e così ad incoraggiare alla medesima. Più logico dello Chatagnier fu il Boisaymè nel suo libro *de la justice criminelle en Toscane*, molto opportunamente pubblicato dalla sua famiglia in questi giorni. Egli (a *pag.* 169, *et suiv.*) facendo dei confronti stati-

stici fra gl' infanticidii della Toscana e quelli di Francia dimostra che in Toscana *non si è mai* (vorrà dire da oltre un secolo) pronunziata contro lo infanticidio la pena di morte, che si decreta e si applica assai spesso in Francia: che mentre lo infanticidio è in Toscana rarissimo, rendesi sempre più frequente in Francia. Ivi nel 1841 si ebbero 189 denunzie d'infanticidio abbandonate dall'accusa, 225 sopite da decreto di camera di consiglio; e 159 inviate alla Corte d' Assise: in tutto 553, delle quali 117 seguite da condanna. Prove magnifiche della utilità della pena di morte!

§. 1233.

Può elevarsi una *speciale questione* sull' ammissibilità della prova della illecita fecondazione nel caso di donna maritata, per l' ostacolo della presunzione *pater is est quem justae nuptiae demonstrant.* La importanza della questione nasce da ciò che la uccisione dello infante legittimo venendo a rappresentare o il titolo puro di *omicidio*, o secondo le varie legislazioni il titolo di *parricidio* (l' uno e l' altro più severamente punito) può interessare alla difesa di sostenere la illecita fecondazione; e può interessare all' accusa di impugnare la concludenza od anche la ricevibilità di cotesta prova. Ma in materia penale deve tenersi per massima costante che non possono esservi presunzioni, le quali valgano ad impedire la giustificazione del vero.

§. 1234.

Più importante è la questione della *vitalità*, frequentissimo essendo il caso che una creatura, benchè

venuta alla luce vivente, pure sia in tali condizioni da esser certa la sua incapacità a continuare la propria esistenza. I medici dicono che in questo caso essa è nata *viva*, ma non *vitale:* e tale mancanza di vitalità può derivare o da *immaturità*, o da *debolezza*, o da *malattia*, o da vizio di organismo. Ora i giuristi, che tanto sudarono con sottili distinzioni a mitigare lo eccessivo rigore delle antiche pene, afferrarono questa circostanza per negare il titolo d' infanticidio nella uccisione di una creatura che fosse nata non *vitale.* E questa dottrina (1) accolta con favore fece nascere la regola che l' accusa fosse in obbligo di giustificare non solo la vita, ma anche la vitalità del neonato; e che quando fosse stata uccisa una creatura che era dalla natura destinata a prontamente perire, la sua uccisione non fosse meritevole di punizione. La scienza moderna, in questo come in altri argomenti, col ridurre le penalità a più miti proporzioni ha lasciato liberi gl' intelletti dalle influenze del cuore. Onde si è riconosciuto che se un essere destinato dalla natura a prossima morte viene da mano micidiale spogliato di quella esistenza (sia pur breve) che Dio gli aveva segnato; ciò costituisce sempre una ingiusta lesione del diritto alla vita, e così il titolo di omicidio. Laonde la mancanza di vitalità nel bambino non più si ammette come circostanza che escluda il delitto, ma solo come circostanza che diminuisce la *quantità politica* dell' infanticidio, o più esattamente dovrebbe dirsi la sua *quantità naturale.* Il codice Toscano (articolo 319) riduce in questo caso la pena al carcere da sei mesi a due anni.

(1) La dottrina che negò il titolo d' infanticidio nella uccisione di un fanciullo non vitale fu una sequela della opinione che il diritto romano non ammettesse alla successione i figli nati non vitali. Ma tale opinione venne corretta dal Savigny (*système du droit romain vol.* **2**, *append.* **3.**). Chiaramente accennasi da parecchi scrittori a codesto pensiero. Il Wan Berkhout (*pag.* **21**) dice non potersi punire la uccisione d' infante non vitale *eo quod in jure civili infans non vitalis pro nulla persona habetur.* Vedasi anche Carnot *all' art.* **300** *n.* **8**, e la decisione della Corte di cassazione che allega. Anche Rogron sull' art. 300 argomenta dall' art. 725 del codice civile Francese la non imputabilità della uccisione di fanciullo non vitale. Qualunque fosse peraltro la massima nelle materie civili circa i diritti del figlio nato non vitale, male anche qui si argomentava dal civile al criminale. Questo essere (si diceva) non ha diritti di successione. Dunque la società non lo riconosce capace di diritti. Dunque non può voler proteggere la sua vita con una sanzione penale. Quest' ordine d' idee che è sempre vizioso è viziosissimo anche qui, perchè si argomenta *a pari* tra due cose *disuguali.* I diritti alla successione se non vuol dirsi che la società li crei, deve almeno ammettersi che hanno bisogno di essere da lei sanzionati. Non così il diritto alla vita; il quale nessuno contrasta esser dato all' uomo dalla natura, ed esserne dalla legge naturale comandata all' autorità civile la protezione. Dalla negazione di quei diritti male dunque se ne argomenta la negazione di questi. La illazione sarebbe logica soltanto *in quei* reati, la oggettività dei quali stesse nei diritti di famiglia, ossia dello stato civile. Questa potrebbe essere una buona ragione per ispiegare il silenzio che intorno alla circostanza di non vitalità si tenne dai giuristi e dai legislatori intorno al reato di esposizione d' infante. Ma la ragione vera di certe dottrine è quella che meno si dice, cioè la esorbitanza di certe penalità che fa menar buone tutte le distinzioni ad evitarne l' eccesso. Il legislatore vuol

mostrarsi inesorabile, e non ammette minorazioni di pene. L' umanità fa il suo corso e dove sarebbe giusta una minorazione di pena non permettendo la legge che ciò si dica, la giurisprudenza nega gli estremi del delitto ed assolve. Così la severità si suicida.

CAPITOLO VIII.

Criterii misuratori della quantità naturale *nell' omicidio.*

§. 1235.

La *quantità naturale* di un delitto corrispondente alla forza fisica oggettiva del malefizio, viene rappresentata dal suo danno immediato; che è quanto dire dalla *lesione del diritto* che il malefizio ha materialmente menomato o distrutto. Onde secondo che il diritto leso può assumere (senza cambiar indole) una importanza maggiore o minore; o secondo che può essere leso più o meno profondamente, più o meno estesamente, più o meno reparabilmente; il danno immediato del malefizio ne acquisterà una intensità maggiore o minore, alla quale corrisponderà (indipendentemente da ogni e qualunque considerazione politica) un più od un meno della quantità naturale del malefizio. Intuitiva è codesta distinzione nelle lesioni e nel furto. Il furto di 1000 ha una *quantità* maggiore del furto di 100, perchè il suo danno immediato è maggiore, e gli dà una maggiore *quantità naturale;* e così l' aumento della quantità politica non è che una con-

seguenza di quella. Per lo contrario il furto domestico ed il furto di estraneo possono avere la identica *quantità naturale* di 1000, e così essere uguali sotto il rapporto del danno immediato. Ma in faccia al secondo il primo presenta condizioni che rendono minore la potenza della difesa privata; e perciò il *danno mediato* del primo è più intenso e più diffuso di quello del secondo, perchè più se ne teme dai buoni cittadini per la coscienza appunto della maggiore difficoltà a guardarsene. E da questo avviene che i due furti, quantunque niente diversifichino tra loro sotto il rapporto del danno immediato, ossia della *quantità naturale*, distano grandemente l' uno dall' altro sotto il rapporto del danno mediato. E poichè il danno mediato è ciò che del fatto dannoso costituisce un delitto con aggiungere al medesimo un criterio politico, così le condizioni di un malefizio che ne aumentano soltanto il danno mediato costituiscono un criterio della sua *quantità politica* tutto figlio della forza morale oggettiva del reato, indipendentemente dalla sua *quantità naturale.* In tal guisa la *quantità* del delitto necessariamente, come a suo luogo notammo, subisce due criterii distinti, cioè ora quello della quantità *naturale*, che diversifica anche senza diversificazione di condizioni *politiche:* ora quello della sola quantità *politica,* quantunque non siavi differenza nella sua quantità *naturale.* E questi due criterii possono talvolta congiungersi, quando si trovi in un malefizio la doppia ragione di aumento in ambedue cotesti elementi, come se per esempio il furto sia di 1000 invece di 100, e sia accompagnato da domesticità invece di essere

semplice. La convergenza dello aumento di ambedue le quantità eleva naturalmente la imputazione del reato, più che nol farebbe l'aumento di una sola delle medesime.

§. 1236.

Or poichè abbiamo discorso le principali circostanze che sulla imputazione dell'omicidio influiscono come criterii della sua mera *quantità politica*, rimane che vediamo se in questo delitto di omicidio vi possano essere circostanze che portino aumento o decremento nella sua *quantità naturale*. E siccome (non più ammettendosi le esose distinzioni dei tempi che si dissero liberi ed erano barbari) il diritto leso dall'omicidio è quello della vita che si suppone affatto spenta nella vittima; e la vita umana ha in ciascuno individuo che ne gode un valore identico in faccia alla legge; così a prima giunta parrebbe che nel titolo presente non potesse esservi differenza tra omicidio ed omicidio sotto il rapporto della quantità naturale (1). Ma pure non è così. Anche l'omicidio può incontrare modificazioni nel rapporto del danno immediato (2) o in senso di aumento, o in senso di decremento. In ragione di aumento nel caso della *pluralità di uccisi;* e nel caso di uccisione renduta malvagiamente più acerba per *atti di barbarie* contro la vittima: in ragione di decremento quando la vita umana che fu spenta non avesse ancora raggiunto il termine della sua aurora, come nel *feticidio*. Di qui sorge spontanea la partizione del presente capitolo in tre distinte ispezioni.

(1) Alcune legislazioni di popoli barbari non ammisero persecuzione dell' omicidio commesso a danno di uno straniero nel Regno. Altre l' ammisero, ma mitigarono la pena. In Francia si ammisero i parenti dello straniero a portarsi querelanti contro l' uccisore: ma ne assicura Bacquet (*droit d' aubaine chap.* 31, *n.* 8) che non si permetteva loro di chiedere alcuna riparazione civile a proprio favore. E Lapeyrére (*decisions du Palais lit. e, n.* 28, *nota q, pag.* 125) ne dà ragione *qu' ils emporteroient l' argent de France hors du Royaume.* Non meno singolare è la dottrina di alcuni pratici (Ciazzi *diss.* 26, *n.* 89 — Marquardo *de judaeis lib.* 1, *cap.* 12) i quali insegnano che uccidere un ebreo è delitto più grave della uccisione di un cristiano, perchè uccidendo l' ebreo si uccide l' anima e il corpo, laddove in fin dei conti ucciso il cristiano può essersi mandato in paradiso. Non si finirebbe sì presto se si volessero raccogliere tutte le aberrazioni alle quali condusse nella materia del giure penale la confusa nozione dei principii fondamentali.

(2) Il codice Badese, che al §. 207 riconosce meno imputabile la uccisione di un moribondo, procede evidentemente dalla considerazione della minore *quantità naturale* di siffatto omicidio. Ma pare a me assai pericoloso lo introdurre nella misura dell' omicidio i calcoli desunti dalla prognosi congetturale sulla vita dell' ucciso. È vero che codesta prognosi si calcola nello infanticidio per minorarne la imputazione quando è caduto sull' infante non vitale. Ma in cotesti termini si trova una *imperfezione preesistente* nel soggetto passivo; ed è su questa, piuttostochè sulla previsione di un incerto avvenire, che si considera quasi come imperfetto l' omicidio perchè è caduto sopra un essere imperfetto. Ma ben diverso è il calcolo che si vorrebbe istituire sul prolungamento maggiore o minore della vita della vittima. Ciò ammesso una volta, la logica esigerebbe che si corresse tutta la linea, e si entrerebbe in una casuistica senza fine. Che se la uccisione del moribondo si volle atte-

nuata per la considerazione di un dolo speciale meno pravo, allora cotesto caso non entra nella presente teorica.

Cotesta idea riprodurrebbe quei più minuti calcoli della quantità *naturale* dell' omicidio, che si assunsero come criterio predominante nelle leggi barbariche. Così nella legge Salica (tit. 28, n. 1 segg.) e nella Ripuaria, trovasi prezzato il valore dell' ucciso, come si prezzerebbe il valore dell'animale nell' abigeato. E il *fredum* (pena pecuniaria) si eleva e si abbassa secondo che l' ucciso è un uomo o una donna: una giovinetta o un' adulta che abbia dato prova di essere atta a procrear figli; o un' adulta divenuta inabile a cotesto servigio, o che non ha ancora dato prova di tale attitudine. Bisogna a parer mio chiudere l' adito a tutti cotesti elementi di calcolo, ponendo come obietto dell' omicidio il diritto alla vita attuale senza riguardo al suo più o meno probabile prolungamento naturale; e proclamando la uguaglianza di questo diritto in tutte le umane creature senza riguardo a tutte le contingenze infinitamente variabili di età, di salute, di abilità, e simili

TITOLO I.

Pluralità di uccisi.

§. 1237.

La pluralità di uccisi può rinfacciarsi ad un giudicabile sotto tre formule giuridicamente distinte, e molto diversificanti negli effetti loro — 1.° può obiettarsi ad un accusato la strage di due umane creature, come costitutiva ciascuna di loro di un delitto distinto, e di per sè stante — 2.° può obiettarsi come costitutiva

di un omicidio *continuato* — 3.° può obiettarsi come costitutiva di un omicidio *complesso*.

§. 1238.

1.° — Quando alcuno per due volte spinse la mano crudele a spengere due creature umane, ma con intervallo tra l' uno e l' altro omicidio, e per due proeresi criminose diverse e disciolte fra loro, è giuridicamente impossibile la unificazione dei due fatti in un solo delitto: perchè la separazione ontologica delle due azioni non rimane elisa dalla unità ideologica della unica risoluzione criminosa, nè a questa supplisce la identità di legge violata. Evidentemente si hanno due delitti: due omicidii, ciascuno dei quali sarebbe meritevole integralmente della sua pena. Può accadere che la indole speciale della pena dell' uno renda impossibile la irrogazione completa della pena dell' altro, e così le due penalità eventualmente si elidano. Può accadere che dove anche non ricorra questa mutua materiale elisione delle due pene, se ne decreti una elisione giuridica totale o parziale, perchè la legge vegliante sanzioni, o in modo assoluto o in modo condizionato, la teoria dell' assorbimento (§. 730 e segg.). Ma qui non si cerca di ciò: in faccia alla *imputazione* certo è che i due omicidii sorgono come due fatti indipendenti l' uno dall' altro; ciascuno dei quali s' imputa al colpevole nella sua integrità come se l' altro non fosse. Questa prima ipotesi pertanto non ricordasi a questo luogo che per farne eliminazione dall' argomento della presente teorica.

§. 1239.

2.° — Può taluno in un accesso di collera corrissando con più persone uccidere più d'uno dei suoi avversarii: oppure nella esecuzione di un unico progetto procacciare la morte di due individui. In tal caso per la teoria della *continuazione* la imputazione si unifica, e si tiene a calcolo l'agente come di un solo omicidio continuato (§. 523). Le due azioni sono ontologicamente separate, ma si unificano giuridicamente perchè ideologicamente congiunte come risultato di una unica determinazione criminosa, la quale è di ostacolo al raddoppiamento della imputazione; onde sorge unicamente una ragione di essere più severi nella misura della penalità entro i limiti prescritti contro il delitto unico, per il motivo appunto che si ha un risultato materiale più grave.

§. 1240.

3.° — Può il colpevole con una sola azione, ed anzi con *un solo atto* uccidere più persone: per esempio esplodendo un colpo di archibugio contro un gruppo di nemici, ed uccidendone due: oppure incendiando una capanna, e facendo perire tra le fiamme due o tre persone che colà si trovavano. È questa la vera ipotesi nella quale bisogna dire che il delitto è aumentato per ragione intrinseca a motivo della sua maggiore *quantità naturale*. Ed è questo per conseguenza il vero caso a cui tende la presente ispezione. Questo caso configura

il delitto che dicesi *complesso* (§. 52, e 530) appunto perchè consuma la materiale violazione di più diritti. Così colui che uccida scientemente la donna incinta, uccide con un solo atto due individui, viola il diritto che ha il feto alla vita sperata, e il diritto della madre; priva la società di due cittadini. Il danno immediato di questo malefizio si duplica. È un delitto *complesso* che dovrebbe dalle leggi essere preso in speciale considerazione.

§. 1241.

Ma perchè generalmente i codici penali non svolgono come farebbe mestieri il concetto giuridico del delitto *complesso*, ne avviene che in pratica questa terza ipotesi si confonde spesso col delitto *continuato*. Ma agli occhi miei apparisce inesatta codesta locuzione. Non impugno che debba imputarsi come reo di un delitto più grave colui che con una archibugiata uccida due uomini, rimpetto a colui che con una esplosione ne uccise uno solo. Deve imputarsi di più per la ragione semplicissima ed intuitiva che commise un delitto causativo di danno immediato maggiore. Ma impugno che possa darsi a codesto fatto il titolo di delitto *continuato*. Vi è a parer mio repugnanza assoluta fra la idea della continuazione, e la idea di un delitto che in un solo momento di attività interna si deliberò, ed in un solo momento di attività esterna si consumò. La *continuazione* ha il suo carattere essenziale in una perseveranza, in una prosecuzione che di qualche modo percorra uno spazio di tempo. Quando l' atto ma-

teriale che cagionò il duplice od il triplice danno si esaurì in un attimo, con un solo moto del corpo, è impossibile trovarvi perseveranza, prosecuzione, ripetizione, continuazione, o altro simile che per essenza sua esiga un qualsiasi prolungamento di spazio nel tempo. Dite che in questi casi vi è delitto *complesso;* scegliete altra formula a grado vostro; ma non dite che sono due delitti; e così non dite che è un *delitto continuato*, perchè la formula *delitto continuato* niente altro esprime che due delitti, i quali sarebbero materialmente due, separati e distinti, che si tengono giuridicamente per uno a causa della unificazione ideologica.

E neppure potete dire che in codesto caso vi sono due *delitti* per la risultata lesione di due *diritti.* La pluralità dei *soggetti passivi* non sempre basta a configurare pluralità di delinquenze. La *pluralità* dei diritti lesi potrà costituirne una qualifica, e talvolta modificarne (quando i diritti violati non siano congeneri) anche la *qualità*, che si desume appunto (§. 165 e seg.) dal diritto poziore che si è violato: potrà modificarne la *quantità*, che si desume (§. 189) dalla importanza dei diritti manomessi: ma non potrà creare una *pluralità* ontologica, senza la quale non è possibile la pluralità giuridica. Io penso dunque che al terzo caso da me proposto non possa con esattezza applicarsi la nozione del delitto *continuato;* dovendo bensì aumentarsene la imputazione per l'aumentata sua *quantità naturale.*

Titolo II.

Atti di barbarie.

§. 1242.

Alcune legislazioni vollero punito indistintamente di morte ogni omicidio che fosse *accompagnato da un altro delitto*. Il codice di Neufchatel (art. 160) ritiene qualificato l' omicidio che sia accompagnato da un altro delitto. È vero che non lo punisce di morte, perchè non ammette codesta pena; ma lo eleva per altro alla pari dell' omicidio premeditato, irrogando la detenzione perpetua coi lavori forzati. Di maggiore severità peccò il codice penale Francese del 1810 (art. 304) poichè la circostanza che l' omicidio fosse *preceduto, accompagnato*, o *seguito* da un altro *misfatto*, od anche da un *delitto* qualunque ei si fosse purchè simultaneo, tenne come sufficiente ad irrogare la morte: e ne fu aspramente censurato (1). Quando l' altro delitto che accompagna l' omicidio si connette al medesimo, o col nesso di *mezzo*, o col nesso di *fine*, la dottrina comune provvede al bisogno col far sorgere nei congrui casi la qualifica, mercè la quale si eleva debitamente la imputazione dell' omicidio (come si è ai respettivi luoghi veduto) per un aumento di quantità politica ragionata sul *mezzo* e sul *fine*, più che per un aumento di quantità naturale, che sarebbe a tanto effetto insufficiente. Ma quando la concomitanza di un altro delitto è un' accidentalità, che

non si connette nè ontologicamente nè ideologicamente col fatto dell' omicidio, il passaggio dell' omicidio dalla pena ordinaria all' estremo supplizio non è più (notisi bene) un correspettivo dell' omicidio; poichè questo rimane inalterato tale qual è nelle sue condizioni ordinarie: ciò è di pura evidenza. La pena suprema s' irroga dunque in codesto caso contro il delitto accessorio che può essere leggerissimo, e ad ogni modo non mai meritevole di tanto supplizio.

(1) La esorbitanza di questo rigore riuscì flagrante nella pratica sua applicazione. Un giudicato della cassazione di Francia dell' 8 agosto 1817 mantenne in virtù dell'art. 304 la pena di morte contro un omicidio accompagnato da delazione di arme vietata. Un altro giudicato della medesima Corte del 21 marzo 1822 mantenne pure la pena di morte contro un omicidio accompagnato dal delitto di caccia in divieto. Non occorreva grande benignità di cuore per sentire tutta la enormità di cotesto rigore, e tutta la ingiustizia che risultava dall' adeguare la caccia alla premeditazione. Dovette perciò nella riforma del 28 aprile 1832 correggersi cotesta disposizione, e parve sufficientemente modificata col dichiarare che all' effetto di condurre alla pena di morte non era bastante che l' omicidio e l' altro *delitto* fossero tra loro connessi per il mero accidente della *simultaneità*, se non era eziandio fra loro il nesso ideologico di mezzo a fine. Deve però notarsi che quello che in Francia fu necessario correggere mediante una riforma legislativa, il senno italiano aveva venti anni addietro avuto il coraggio di farlo per via di semplice interpretazione giudiciaria. Nello intervallo in cui le vittorie delle armi francesi avevano portato nel reame di Napoli la legislazione di Francia, la Corte Suprema di giustizia in Napoli con un suo decreto del 9 aprile 1813, dichiarava non bastare ad indurre la pena di

morte la semplice concomitanza accidentale, se non risultava nel proposito del malfattore il nesso fra i due reati di *mezzo a fine*. E cotesta giurisprudenza perseverò costante nei tribunali napoletani fino al giorno 22 aprile 1815, nel quale ebbe una nuova e più solenne conferma mercè una decisione emanata a camere riunite sotto la presidenza del gran giudice ministro di grazia e giustizia. Lode allo illustre Niccolini che con le sue conclusioni (*Questioni di diritto part.* 1, *n. III*) provocò cotesta giurisprudenza, tenace sempre a quella fede giuridica che a lui facea riconoscere nel pubblico ministero non il perpetuo sostenitore delle più severe opinioni, ma l' imparziale protettore dei diritti umanitarii. Ciò mostri di nuovo quello che sopra ho notato in proposito della interpretazione della Carolina; vale a dire non esservi codice penale per quanto cattivo, che non possa rendersi meno cattivo da interpreti umani ed illuminati.

§. 1243.

Ben diversi sono i termini degli *atti di barbarie* che abbiano accompagnato l' omicidio. Nel concorso dei medesimi sorgono due importanti considerazioni, che rimangono affatto al di fuori dal caso di una concomitanza accidentale. La prima considerazione è quella del più feroce proposito che non si appaga di spegnere la vita del suo nemico, ma vuole di più farlo acerbamente soffrire prima che muoia. La seconda considerazione è quella del maggior danno immediato: avvegnachè, quantunque sia il più grave di tutti i mali quello di patire la morte, è indubitato però che codesto male si aggrava in ragione dei dolori fisici che accompagnano il tremendo passaggio. Al che si aggiunge eziandio che alla idea di una morte violentemente

arrecata col mezzo di atroci patimenti lo spavento dei cittadini al pensiero della ripetizione possibile di un tanto delitto se ne fa grandemente maggiore. Nè sotto il punto di vista giuridico possono straniarsi dal delitto di omicidio i modi barbari usati contro la vittima, dappoichè essi assumono in certo modo il carattere di *mezzi* all' omicidio. Ma quest' ultimo pensiero non può prendersi come assoluto nell' argomento nostro: che se fosse tale potrebbe forse condurre a collocare la qualifica degli *atti di barbarie* nella serie di quelle desunte dai *mezzi*. Ma assoluto non è; perchè possono esservi atti di barbarie (1), i quali non abbiano niente influito a spegnere la vita dell' uomo; e non ostante la qualifica rimane, per le altre considerazioni precedentemente accennate. Onde veramente questa aggravante bisogna referirla all' aumento della *quantità naturale* del malefizio.

(1) Il codice Napoletano, lo Jonico, il Maltese, ed altri non tennero conto di questa causa di aggravamento.

§. 1244.

Non senza ragione pertanto parecchi codici contemporanei proclamarono come qualificato l' omicidio, che si fosse accompagnato con *atti di barbarie*. Si andrebbe peraltro errati, se la ragione di codesta qualifica si dovesse desumere dalla presunzione di premeditazione. Ciò riprodurrebbe lo errore (già da noi ad altre occasioni confutato) che s' incontra ogni qualvolta si tenta in materia penale di adagiarsi sopra una pre-

sunzione (1). La risoluzione feroce che non si appaga di togliere la vita al nemico, ma vuol farlo ancora acerbamente soffrire morendo, può benissimo formarsi in un rapido bollore di sdegno; e senza dilazione attuarsi. E ciò nonostante rimane la maggior gravità del reato per il suo naturale incremento.

(1) Avendomi la esperienza mostrato che anche le nozioni più elementari sfuggono talvolta dalla reminiscenza: credo opportuno di chiarire questa proposizione sulla quale spesso debbo tornare. Nel giure si hanno due specie di presunzioni · la presunzione *juris et de jure*, e la presunzione *juris tantum*. La differenza fra l' una e l' altra è sostanzialissima. Presunzione *juris tantum* è quella che ammette *confutazione* nel caso pratico e *prova in contrario*. Presunzione *juris et de jure* è quella che non ammette prova in contrario, cosicchè per quanto nel caso pratico possa esprimere un asserto contrario alla verità, ed insussistente, pure non è dato al giudice di proclamare il vero; perchè la presunzione contraria al vero ebbe la sanzione della legge. Ora quando io dico, e ripeto, e tenacemente sostengo che nel giure penale *non vi sono presunzioni* che signoreggino la dottrina, intendo alludere sempre alle presunzioni *juris et de jure*, e non già alle presunzioni *juris tantum*, come vorrebbe appormisi da chi ignora o dimentica quella elementarissima distinzione. La presunzione *juris tantum* non ha altro effetto tranne di regolare l' ordine probatorio; ed è una necessità organica nella vita pratica della giustizia in ogni parte del diritto. L' onere della prova incombe sempre a chi ha tale presunzione contro di sè, ma a lui compete piena balìa di confutarla e smentirla anche con argomenti congetturali. L' uomo si presume innocente, e perciò l' accusa deve provare la colpa. Chi prende l' altrui si presume conosca che la cosa è altrui, e perciò al ladro non basta dedurre che credeva di prender la roba sua

se non persuade di tale errore con qualche modo di prova almeno verosimile: il bigamo si presume conosca la vita della prima moglie, e non gli vale il dire che la credeva morta se non porge una qualche dimostrazione ragionevole di siffatta credulità: l'accusato si presume di sana mente, non ubriaco, e simili, e spetta alla difesa dimostrare la innormalità di quello intelletto: e così ad ogni passo anche nel diritto penale le presunzioni *juris tantum* esercitano indispensabile influsso. Non così le presunzioni *juris et de jure*. Inamovibili come scoglio, la legge non tollera s'insorga contro di loro benchè si abbia in mano la prova palpabile della falsità di ciò che proclamano: e queste in criminale non si possono ammettere. Quando il legislatore ha fatto questo ragionamento — *io presumo che lo infanticidio*, o lo *incendio*, *sia sempre premeditato*, *e perciò lo voglio punire di morte*, se passa quindi a dettare nel suo codice la regola che sia punito di morte, stabilisce in quella sua presunzione il carattere d'irretrattabilità, e sanziona una vera presunzione *juris et de jure*: per conseguenza della quale il dettato della pena di morte resta applicabile anche contro chi agì senza premeditazione, quantunque egli offra prove palpabili della falsità del supposto. Ciò portando a giudicare i fatti umani contro la verità concreta, è intollerabile nel giure punitivo nel quale alla verità si debbono sempre spalancare tutte le porte specialmente in favore del giudicabile. Ecco il vero senso di quella proposizione che tante volte ho enunciato e che tornerò ad enunciare ad altre occasioni, ed alla quale io non avrei mai supposto fosse necessaria una spiegazione.

§. 1245.

Ma perchè gli *atti di barbarie* presentino codesto carattere, bisogna che siano esercitati sull'uomo vivente. Alcuni (Kress *in art.* 137 *C. C. C.* §. 2 —

Bergero *electa juris criminalis vol. 1, pag.* 98) notarono come circostanza che doveva aggravare la quantità dell' omicidio gl' insulti fatti al cadavere. Ma per quanto codesti atti rivelino nell' uccisore nna ferità barbara, non sembra che possa trovarsi in codesta circostanza una causa politica sulla quale si ragioni un aggravamento di pena (1). D' altronde codesti eccessi medesimi rivelano una esaltazione di sdegno che raramente si troverà scompagnata da una grave perturbazione di animo, poichè a cose ordinarie qualunque odio comune si ammansa quando vede spento il nemico.

(1) Nelle antiche leggi barbariche si trovano presi di mira gli atti eseguiti dallo uccisore sopra il cadavere dell' ucciso: ma sotto un diverso punto di vista. La legge Ripuaria (*tit.* 15, *tit. de homine mordrido*) punisce più severamente l' omicida che nasconda il cadavere della sua vittima sotto un mucchio di fronde o lo getti in un pozzo. Qualifica per cotesto fatto l' omicidio col titolo di *mordrido*, onde ebbe la sua origine la parola *morder*, *murder*, *meurtre*, con cui nei varii idiomi si distingue l' omicidio deliberatamente commesso. Il pensiero di cotesta disposizione non sta per altro nella considerazione di una maggior ferocia, ma nel tradimento, e nella ingiustizia presunta della uccisione, che si rileva per il nascondimento successivo. È noto che i popoli germanici ammettevano la uccisione per diritto di vendetta a condizione che si eseguisse in modo palese.

§. 1246.

Gli *atti di barbarie* vogliono essere definiti e sotto il rapporto dello *elemento intenzionale*, e sotto il rapporto delle loro *materiali condizioni*. Sotto il rapporto

delle *condizioni materiali* si definiscono più facilmente con la espressione di un concetto, che non altrimenti. Bisogna cioè che gli atti abbiano effettivamente recato alla vittima una serie di patimenti maggiori di quelli che sono la ordinaria concomitanza della morte, o del mezzo adoperato per uccidere. Nella realtà di una somma maggiore di dolori fisici oltre il necessario ad uccidere, consiste il *materiale* di siffatta qualifica.

§. 1247.

Ma sotto il rapporto dello *elemento intenzionale* più specialmente si esige una intenzione ideologicamente distinta dalla mera intenzione di recar morte: bisogna che questa in certa guisa costituisca un *fine distinto* da quello di togliere la vita. Bisogna che l'odio del colpevole non siasi trovato pago di spegnere il nemico, ma siasi proposto ancora di farlo atrocemente soffrire morendo, per lo scopo speciale di aggiungere cotesti patimenti al male di per sè gravissimo della morte. Non si avrebbero, a mio parere, gli *atti di barbarie* nell'omicidio commesso (a modo di esempio) con lo incendio, o col veleno per quanto sia stata atrocemente dolorosa la morte, perchè ciò fu conseguenza dei *mezzi scelti*, e non di uno speciale raffinamento di vendetta. Fu questa condizione che suggerì allo illustre Pacecho (*commentario all' art.* 333 *del codice Spagnuolo*) la osservazione savissima che lo accompagnare la uccisione da atti di barbarie rivela spessissimo un esaltamento di ferocia, forse per gravità di onte od atti ingiusti patiti dalla stessa vittima. Onde il crimi-

nalista spagnuolo dedusse essere pericoloso lo irrogare (come fece il codice (1) di Francia) indistintamente lo estremo supplizio ovunque gli atti di barbarie ricorrano; appunto perchè può talvolta in codesti medesimi atti rivelarsi una perturbazione di mente che quasi tocchi il furore.

(1) I commentatori del codice Francese collegano cotesto provvedimento contenuto nell' art. 303 con la storia contemporanea, la quale ricorda che ad occasione delle guerre civili onde insanguinossi la Francia dopo la sua terribile rivoluzione, il furore dei partiti dette origine a delle orde di gente feroce che non si appagavano di spengere i loro nemici, ma ne facevano ancora crudelissimo strazio: *cet article* (così Teulet *Cod. pén. art.* 303) *a été rédigé en vue des chauffeurs, garotteurs, et autres brigands qui infestaient la France lors de la promulgation du code pénal*. I fatti che spaventarono la Francia in quell' epoca, e i fatti del brigantaggio napoletano dei nostri giorni, ravvicinati tra loro mostrano questa deplorabile verità, che per quanto l' uomo si civilizzi, trascende pur sempre in certe occasioni ad eccessi, e la civiltà scorda nel fremito di sanguinaria esaltazione. Ma sarebbe a dimandarsi se veramente un codice penale possa a cotesti tempi, per fortuna transitorii ed eccezionali, portare il pensiero; o se piuttosto debba foggiarsi sulla contemplazione dell' uomo nelle sue condizioni ordinarie, lasciando che ai delirii eccitati dalle civili guerre, leggi militari e giudizi eccezionali secondo la necessità suprema della guerra momentaneamente provveggano. Ed io sono di codesta opinione; ma pur troppo i codici penali rivelano i tempi nei quali furono dettati. E chi ponga mente alle atrocità delle ordinanze dei Reali di Francia, ai successivi massacri rivoluzionarii, alle carnificine di tante guerre interne ed esterne, che lungamente abituando il popolo al sangue fecero tristo preludio al codice

del 1810, anzichè meravigliarsi dei suoi severi dettati, meraviglierà forse che non riuscisse più truce. Ed anche attualmente in Italia i fatti del brigantaggio napoletano hanno esercitato ed esercitano sulla questione dell' abolizione della pena di morte una influenza che non dovrebbero avere. Il brigantaggio è guerra, e la guerra vuol essere regolata con ordini suoi proprii secondo la imperiosità del bisogno. Un codice penale non è destinato a regolare la guerra, tranne appo i popoli (se pur oggi ve ne rimane alcuno) che facciano loro istituzione fondamentale della guerra perpetua. Il mescuglio di cotesto pensiero coi precetti della calma giustizia, non può generare che deplorabile confusione nella mente del legislatore. Un codice penale non deve mai essere una LEGGE DI OCCASIONE.

§. 1248.

Il codice Toscano intralasciò affatto la previsione di questa qualifica, per la considerazione che se l' omicidio era premeditato trovava nella premeditazione stessa esaurito ogni possibile aumento: e se premeditato non era, la ferocia dei modi doveva attribuirsi ad un eccesso di sdegno; nella valutazione del quale non era conveniente imporre dei vincoli al magistrato, cui dava d' altronde nella latitudine della pena relativamente determinata campo bastevole per valutare anche cotesta barbarità di atti, e proporzionatamente punirla. Conservano codesta qualifica il codice Spagnuolo art. 333: e il codice Sardo all' art. 530, ove si parifica cotesto caso all' *assassinio:* la quale parola in cotesto codice stando a designare l' omicidio premeditato, sembra potersene indurre che la qualifica degli *atti di barbarie* esso desuma dalla idea della presunta pre-

meditazione. È però da notarsi che il medesimo usa la diversa formula *tormenti*, e *sevizie:* delle quali due parole se la prima può esprimere un concetto abbastanza definito, non sembra che altrettanto lo esprima la seconda. La parola *sevizie* applicabile a qualsiasi atto di violenza presenta, a mio credere, soverchia elasticità. Sarebbe a dimandarsi se la crudelissima morte recata ad altri col mezzo della fame possa dirsi costituire le *sevizie*. Ma io già dissi di sopra, che la qualifica di che ora si parla (dove si voglia mantenere) non può mai desumersi dal *mezzo*, che forse la occasione suggerì come adatto al fine di uccidere; a meno che non si estrinsechi in un qualche cosa di più oltre gli atti e le violenze che erano scelte come mezzo di uccidere. Bisogna che lo elemento materiale di questo reato sia duplice; o duplice almeno lo elemento intenzionale, in quanto proceda non dalla sola determinazione di uccidere, ma dalla determinazione di uccidere ed inoltre di tormentare la vittima. Tale almeno è la mia opinione (1).

(1) Si è lamentato da parecchi scrittori e fra gli altri dal sig. Ferrao (*theoria do direito penal portuguez vol. 7, pag.* 15) che la formula *atti di barbarie* sia troppo elastica ed indefinita, dando campo ai giurati di ravvisare atto di barbarie anche nel lasciare semivivo il nemico a spirare in una lunga agonia, e così spingendo il feritore a non desistere dalle offese finchè non vede spento il nemico. La osservazione mi pare giustissima. Ma anche qui ripeterò l' avvertenza che in ordine a certe qualifiche è pericoloso in un codice dettarne la definizione con referenza ad una materialità. Meglio vale e scansa ogni equivoco, referirsi

ad una idea. Se volete conservare questa aggravante dite che ella consiste nello avere *voluto* far soffrire (oltre la morte) dei gravi dolori al nemico. Con ciò avete eliminato ogni pericolo di male inteso. A questo saviamente avvertirono il codice Spagnuolo del **1848** ed il codice Portoghese del **1852**. Il primo all' art. 333, n. 5 usò la formula — *con ensanumiento aumentando deliberado è inhumanamente el dolor del ofendido*. Il secondo all' art. 351 , n. **2** usò la formula — *torturas ou actos de crueldade para augmentar* o *soffrimento do offendido*. Si obietterà che anche del giudizio su tale intenzione è arbitro il giurato: ma l'obietto è frivolo. Si sa bene che ogni giudizio di fatto dipende dalla convinzione del giudice. Ma ciò che interessa si è che il giudice sappia con precisione qual è la circostanza di cui si deve convincere. Se gliela descrivete come *atto di barbarie* egli potrà trovar cosa barbara nel porgere un veleno che cagioni atroci dolori o nel lasciare agonizzante il nemico senza dargli il colpo di grazia. Se al contrario gli dite doversi convincere che oltre *l' animo di uccidere* deve concorrere anche *l' animo di far soffrire,* egli è illuminato quanto basta dal legislatore, e se erra è sua colpa.

TITOLO III.

Feticidio.

§. 1249.

Vuole la tirannide delle passioni e l' urto delle condizioni sociali, che la donna abbia talvolta in odio quello che lei dovrebbe eccitare ad altissima gioia, la gravidanza; ed abbia invece in desiderio quello che essa dovrebbe come grande infortunio temere, l'aborto. A distruggere anticipatamente nelle proprie viscere

il dono della provvidenza furono in tutti i tempi sospinte le femmine da parecchie cagioni: la più frequente delle quali fu il desiderio di nascondere un fallo; e fu la più scusabile, ma non la sola. Chè troppo spesso ne ammaestra la storia essersi indifferentemente condotte a tale eccesso o per tedio della figliuolanza, o per osteggiare un inviso marito, o per sottrarre sè stesse ai dolori, e pericoli del parto; o persino (incredibile a dirsi) al solo intento che il superbo ventre non si bruttasse di rughe precoci (1). Tanta è la facilità al delitto in codesto sesso, come più morale del sesso maschile dipinto oggi da alcuni entusiasti, che al delitto corre leggerissimo solo pel vanitoso amore di una fuggitiva bellezza. La filosofia pagana che nel feto, finchè nell'alvo materno racchiuso altro non ravvisava che una parte della donna medesima, non solo influì a rendere le femmine più inchinevoli al volontario sconcio, quasi disponessero di sè, ed un male nemico dal proprio corpo cacciassero: ma ebbe ancora influenza sui dettati legislativi, che al tipò di codesta filosofia si foggiarono (2).

(1) Giovenale *satyr.* 6 *v.* 591 *ad* 601: e già Ovidio (nel *lib.* 2 *amor. eleg.* 14) avea detto dei suoi tempi
Nunc uterum vitiat quae vult formosa videri;
Raraque in hoc aevo est, quae velit esse parens.

(2) *Leg.* 1 §. 1 *ff. de inspiciendo ventre* — *leg.* 9 *ff. ad leg. Falcid.* — *leg.* 8 *ff. ad leg. Corn. de sic.* — Telting *de juribus nondum natorum.*

§. 1250.

Di qui ne avvenne che gli antichi romani nello aborto che da un estraneo, ignorante o reluttante la donna, provocato si fosse, niente più ravvisarono tranne una offesa contro la donna medesima (1). E nell' aborto che la donna avesse procurato sopra sè stessa ravvisarono un atto di libera disposizione del proprio corpo, non imputabile politicamente. Soltanto sottoposero a punizione la donna maritata che avesse dolosamente procurato il proprio sconcio, quando di ciò si fosse doluto il marito; ravvisando in codesto caso l' oggetto del malefizio nella lesione del diritto che aveva il marito alla prole sperata (2). Ma in faccia alla civiltà cristiana non potevano durare siffatte dottrine. Anche nel feto tuttavia racchiuso nell' alvo materno dovette ravvisarsi, se non un essere in senso proprio fornito di diritti, un essere almeno al quale la società doveva protezione: e l'aborto anche dalla donna procurato malvagiamente sopra sè medesima fu da tutte le culte nazioni elevato a delitto (3).

(1) *L.* 58, §. 5 *ff. de poenis* — Greeve *de conatu partus abacti cap.* 2, §. 1.

(2) *Leg.* 4 *ff. de extraord. crimin.* — *leg.* 1 *ff. de inspiciendo ventre* — Tacito *an. XIV*, 63. La dottrina che espongo nel testo è quella più comunemente accolta dai criminalisti. Ma non mancarono giureconsulti che non accolsero la opinione della non imputabilità dell'aborto presso i romani. E derivò forse da questa errata intelligenza del giure romano che molti fra gli antichi pratici adeguassero

all' omicidio l'aborto procurato: Menochio *de arbitrariis cos.* 357, *n.* 5 — Gomez *voriar. resol. lib.* 3, *cap.* 3, *n.* 31 — Klock *consilia lib.* 3, *cons.* 194, *n.* 110 — Deciano *Tractatus lib.* 9, *cap.* 8, *n.* 13 — Thesauro *decis.* 12, *n.* 2, *in fin.* I frammenti peraltro, sui quali questi dottori fondano la opposizione loro, non mi paiono affatto concludenti. Trifonino (nella *leg. Cicero ff. de poenis*) e Marciano (nella *leg. divus* 4 *ff. de extroord. criminibus*) parlano apertamente dell' onta fatta al marito; e Paolo (alla *leg. si aliquid* §. *qui obortionis*) parla evidentemente del terzo. Ulpiano (alla *leg. si mulierem* 8 *ff. ad leg. carn. de sicariis*) sembra, egli è vero, parlare indistintamente; e senza contemplazione di diritti maritali afferma che il preside della provincia deve cacciare in esilio la donna che si procuri l' aborto. Onde parrebbe per codesto frammento, che è tratto dal commentario *ad edictum*, che il pretore correggesse l' antica tolleranza di questo malefizio comminando l' esilio. Evers (*de matribus quae prolem suom interfecerunt pag.* 6) sostiene invece che siffatta correzione e la comminazione dello esilio fosse dettata dagl' Imperatori Severo ed Antonino, quantunque lasci incerto il preciso tempo a cui deve riferirsi simile provvedimento. Dottamente svolge tale questione il Van Hoegverff *dissertotia de juris romani portibus stoam redolentibus* §. VIII; nell' Oelricks *nov. thesaur vol.* 3 *tom.* 2 *pag.* 86. Vedasi anche Boehmero *exercit.* 99, *n.* 5 *et seqq. de caede infantum in utero;* e il Walchio nelle sue esercitazioni *tom.* 3, *exerc.* 4, §. 1 *od* 17.

(3) Bibliografia — Aretino *tractotus de maleficiis verb. et ex intervollo*, *n.* 10 *et seqq.* — Angelo *de delictis cap.* 2, §. 125 — De Ameno *de delictis et poenis tit.* 7, §. 10 *per tot* — Barusio *resol.* 158 — Raynaldo *obser. crim. cap.* 6, §. 5, *n.* 12 *et seqq.* — Thesauro *dec.* 12 — Menochio *de arbitrariis cos.* 357 — Claro *lib.* 5, *sentent. quaest.* 68; *et ibi* Bajardo *n.* 1, *od* 10 — Deciano *tract. crim. lib.* 9, *cop.* 8; *et lib.* 2,

cap. 6, *n.* 9; *et cap.* 19, *n.* 23 *et* 24 — Farinaccio *quaest.* 122 — Carpzovio *praxis pars* 1, *quaest.* 11, *n.* 12 *ad* 27 — Basilico *dec.* 7, *per tot.* — Bachovio *ad* Treutlerum *vol.* 2, *disp.* 32, *th.* 5; *et ibi* Hunnius *quaest.* 47 — Harprecht *ad* §. 5, *inst. de pub. judicis n.* 33 *et seqq.* — Bocero *class.* 4, *disp.* 14, *th.* 5; *et thes.* 41 *cum seqq.* — Federigo Behmero *novum jus controversum observatio* 65 — Gomez *var. resol. cap.* 3, *n.* 10, 32 *et seqq.* — Fachineo *controv. lib.* 10, *cap.* 4 — Leyser *medit. ad pand. spec.* 597, *med.* 24 — Zacchia *quaest. medicò-legales tit.* 2, *quaest.* 9 *et* 10 *lib.* 1 — Wysemburger *de jure et privilegiis medicorum tom.* 3, *th.* 16 — Richter *velitationes pag.* 806 *et seqq.* — Kock *inst.* §. 482 *et seqq.* — Cujacio *observat. lib.* 19, *cap.* 9 — Rousseaud De la Combe *pag.* 20 — Serpillon *Code crimin. vol.* 1, *pag.* 114 — Jousse *de la justice criminelle vol.* 4, *pag.* 20 — Vouglans *instit. de droit crim. pag.* 530 — De Simoni *delitti di mero affetto part.* 2, *cap.* 6 — Filangieri *scienza della legislazione lib.* 3, *cap.* 50 — Noodt *Julius Paulus* — Bynckersoeck *de jure occidendi liberos cap.* 7 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 7 — Ala *fòra criminale tom.* 3, *n.* 47 *ad* 85 — Paoletti *lib.* 3, *tit.* 13 — Poggi *lib.* 3, *cap.* 6 — Carmignani *elem.* §. 961 — Giuliani *tom.* 1, *pag.* 243 *ad* 248; *et tom.* 265 *et seqq.* — Puccioni *saggio pag.* 455 — Van den Broecke *de crimine partus abacti*, 1830 — Greeve *de conatu partus abacti*, 1846 — Mittermaier *del tentato aborto, Firenze* 1855 — Laujardiére *de l' avortement* — Tardieu *de l' avortement* — Helie *théorie du Code pénal tom.* 5, *pag.* 435 *et suiv.* — Trebutien *cours élement. de droit crimin.* 1854, *pag.* 101 — Destriveaux *essais pag.* 130 — Haus *observat. sur le projet de Code pénal vol.* 2, *pag.* 225 — Vesine-Larue *essai sur l' avortement* — Ferdut *de l' avortement.*

§. 1251.

Ma questo delitto per quanto infesto e vituperevole ei sia, non mai può adeguarsi in gravità all'omicidio (1). La vita che qui si spegne non poteva ancor dirsi definitivamente acquisita: più una speranza ella era che una certezza. E tra lo stato di feto, e quello di uomo, tanto d'intervallo intercedeva, tanto di ostacoli e di pericoli si frapponeva, da rimaner dubbio mai sempre se anche senza la violenta espulsione quella vita sperata avesse mai potuto giungere a convertirsi in una realtà. Il reato di *feticidio* deve dunque per giusto riguardo di proporzione tenersi come assai meno grave dell'*omicidio*, anche sotto il solo e primario rispetto della *quantità naturale*. Il danno immediato è riguardo allo essere che si è spento di altrettanto minore, quanto maggiori erano le probabilità che quell'essere mai raggiungesse la vita estrauterina: e di altrettanto è minore nel rispetto della famiglia e della città. Già per cotesta palese ragione il titolo di *aborto procurato* prestamente staccossi dal titolo di omicidio. Giusta il broccardo che i dottori desunsero dalla *leg. cum inter C. de fideicommiss. libertat.* — *qui est in ventre non est homo, sed effici speratur* — fu comune opinione dei repetenti alla *leg. si mulierem ff. ad leg. Cornel. de sicariis* (Aretino, Baldo, Alexandro, Saliceto, Bolognetto, Decio) che sotto la pena dell'omicidio non potesse cadere la uccisione del feto nel ventre materno (2). La quale opinione, sebbene combattuta da

qualche dottore (Richter *decis.* 1, *n.* 34) può dirsi che rimanesse prevalente nella comune dottrina; come lo è certamente nelle scuole e nelle legislazioni contemporanee. Ed oggi si riputerebbe (come osserva Wan Berkhout *pag.* 2) gravissimo errore quello di supporre che il *feto* nell'alvo materno potesse fornire il subietto passivo del titolo di *omicidio*. Egli è bensì vero che questo reato, quando in special modo dalla donna sopra sè medesima si commetta, se può essere cagione di pessimo esempio, non è produttore che di piccolissimo spavento, e quasi dissi nessuno, nei cittadini. Ma il minor danno mediato di questo malefizio non fa che aggiungere un criterio *politico* al criterio *naturale*, che di per sè solo varrebbe a minorare la sua importanza. Di qui la ragione della specialità del titolo, che si volle dall'omicidio tener distinto per motivo appunto di un odio minore contro il medesimo (3).

(1) Anche per giure mosaico sembra che l'*aborto procurato* si considerasse come un delitto distinto ed assai minore dell'omicidio, poichè leggiamo nell'Exodo *cap.* 21, *vers.* 22 — ivi — *Si rixati fuerint viri, et percusserit quis mulierem praegnantem, et abortivum quidem fecerit, sed ipsa vixerit, subiacebit damno, quantum maritus mulieris expetierit, et arbitri judicaverint:* e così da cotesto testo argomenta la Glossa al *cap. consuluisti, in verbo per abortum* — e Innocenzo *in cap. sicut de homicidio*. Vedasi Eckhard *Hermeneutica juris pag.* 258 §. 137 *et seqq.*

(2) Bene è vero però che negli antichi pratici scorgesi una grande inesattezza nel definire i confini fra l'*aborto procurato* e l'*infanticidio*; trovandosi (a modo di esempio) in una decisione del Cacherano dichiarata colpevole

di procurato aborto la donna che sgravatasi naturalmente alla latrina, aveva fatto cadere in quella la prole. Questo sarebbe per noi indubitabilmente un caso d' *infanticidio.*

(3) Che nell' aborto procurato la forza fisica oggettiva del malefizio sia minore di quella dell' omicidio, bene lo osserva Pacecho *el codigo penal concordado y comentado art.* 336, *vol.* 3, *pag.* 35 *y pag.* 41. *Fra il figlio che ha respirato ed aperto gli occhi alla luce del giorno* (egli dice) *e il feto che non ancora nacque, troverà sempre il buon senso un abisso di differenza. Lo infanticidio è la distruzione di una persona, l' aborto è la distruzione di una speranza.* Anche la costituzione Carolina (art. 133) ebbe uno speciale riguardo a questo delitto con quel modo e forma che da lei si usò; vale a dire imponendo ai giudici di consultare i giureperiti. Accennerò qui di volo che disputano gli scrittori alemanni sui fonti, dai quali Carlo V attinse questo celebre codice da lui sanzionato alla Dieta di Ratisbona nel 1532, e che avendo conservato fino ai giorni nostri forza di legge in molti paesi della Lamagna, può dirsi il codice criminale più longevo di quanti mai furono. Vedasi la prefazione del marzo 1770 che precede le *Meditationes in Constitutionem criminalem Carolinam* di Federigo Boehmero *Edit.* 1774 — Frey *observationes ad historiam juris criminalis teutonici*, *Eidelberga* 1825 — Grube *dissert. de occasione conceptione ac intentione constitutionis criminalis Carolinae.* Disputano se Carlo V attingesse il suo codice dalla costituzione *Bambergense* pubblicata dal vescovo di Bamberga nel 1508, o dalla *Brandeburgica* pubblicata nel 1516. E benchè sia certo che Schwarzenberg, compilatore della Bambergense, e collaboratore della Brandeburgica, si chiamasse da Carlo a dare opera al suo nuovo codice; pure conoscendosi che quel giureconsulto morì nel 1521, undici anni avanti alla pubblicazione della Carolina, è da indursene che anche altri elementi concorressero nella formazione di quella. Ed io penso che molte disposizioni attingesse l'im-

peratore dalle pragmatiche napoletane, poichè anche del reame di Napoli egli era in quel tempo signore; e questo mio pensiero avrei voluto assodare per via di documenti, o confronti in apposito scritto, se l' agio me ne fosse rimasto. Ma lasciando ai posteri questo pio desiderio, io qui debbo avvertire che a notevoli miglioramenti non solo in questa materia, ed in quella dell' infanticidio, ed in altre molte, aperse la via cotesta costituzione per uno speciale suo modo, che qui pure in (tema di aborto procacciato dalla donna sovra sè stessa) trovasi usato. Non solo con lo articolo finale (219) per via di generale disposizione impose Carlo V ai giudici criminali che in ogni caso di dubbio consultassero i giureperiti, e le più vicine facoltà giuridiche sulla più conveniente risoluzione da darsi al processo; ma con rinnovata cura specialmente ripetè cotesta ingiunzione in ordine a certi reati; ed appunto a quelli che poscia ebbero dal progresso della scienza essenziali rinnuovamenti. La importanza che ebbe la Carolina sullo svolgimento scientifico della pratica penale non è abbastanza conosciuta e meditata tra noi. Fu cotesto provvedimento il veicolo per il quale spontaneamente vennero mano a mano ad introdursi nella pratica criminale germanica le elaborazioni della dottrina penale, mercè i consulti dei giureperiti, che con le distinzioni e limitazioni della teoria poterono mitigare l' asprezza primitiva di quelle penalità; e così potè mantenersi quel codice a sì lunga vita, fatto pieghevole per l' opera dei sapienti alla crescente civiltà. Altrettanto non avea fatto Francesco I, che scimmiottando il suo emulo, volle nel 1539 con la ordinanza di Villers-Cotterêt, dare anch' esso un codice criminale alla Francia: onde i Parlamenti non poteron fare che poco ad emenda di quella durissima legge. E altrettanto non hanno fatto i moderni riformatori di Francia col loro sistema delle circostanze attenuanti; le quali inceppano, anzichè promuovere la elaborazione scientifica: poichè invece di dare alle deduzioni logiche dei sommi principii il debito dominio sul giure punitivo, largiscono cotesto impero all'ar-

bitrio, e alla sensibilità eventuale dei giurati: che è quanto dire ad un onda fluttuante ed incerta nelle accidentalità dei proprii movimenti. Il risultamento prodotto in Germania sul progresso scientifico da quell' addentellato della Carolina, parmi del tutto uniforme a quello che produssero in Toscana poche parole di analoga latitudine gettate da Leopoldo I nella legge del 1786. Può essere utile che la codificazione delle materie penali lasci un varco al progressivo movimento degl' intelletti: ma il varco dev' essere aperto alla ragione, non al capriccio. Questo pensiero, che io già esprimeva in uno scritto pubblicato nel 1841, si è in me confermato per la successiva esperienza.

§. 1252.

Definisco il feticidio — *la dolosa uccisione del feto nell' utero, o la violenta sua espulsione dal ventre materno, dalla quale sia conseguita la morte del feto.* Estremi di questo delitto sono: — 1.° la *gravidanza* — 2.° il *dolo* — 3.° i *mezzi violenti* — 4.° la *morte* conseguitane del feto (1).

(1) È piaciuto recentemente all' Ambrosoli, nel suo scritto intitolato *di alcune opinioni intorno al procurato aborto*, di portare il delitto di feticidio sotto un punto di vista del tutto nuovo, sostenendo che tale reato non deve altrimenti mantenersi fra quelli che offendono *la vita umana* ma portarsi invece fra i malefizi contro *l' ordine delle famiglie.* Questo concetto porterebbe naturalmente a rinnovare la nozione del feticidio a ricostruirne gli estremi, e forse a procedere per vie tutte opposte a quelle finquì ricevute nella soluzione di alcuni problemi che s' incontrano in questo argomento. Ma ad onta della reverenza che professiamo allo

insigne giurista noi non possiamo accettare la sua opinione Egli (a *pag.* 4) concorda che l' obiettivo di questo reato non si può trovare nel semplice *attraversamento delle leggi fisiologiche:* e dice benissimo. Ma poi (a *pag.* 5) egli vuol trovare l' obiettivo di questo reato *nello impedimento della gravidanza di giungere al suo termine.* Ed a noi pare che le due formule siano perfettamente identiche, cosicchè negata la prima sia forza negare la seconda. Egli non vuole ravvisare l' obiettivo del reato nella *vita* del feto perchè non è ancora deciso se sia vita o no. Ma noi crediamo che possa fisiologicamente questionarsi se sia vita distinta dalla vita della madre e lasciamo che i medici questionino a posta loro su ciò. A noi basti che sia una *vita* meritevole di essere rispettata e protetta a riguardo soltanto di sè stessa, indipendentemente da ogni riguardo della famiglia: e questo non è incerto. Non è incerto appo nessuno che il feto *(se è vero feto)* sia un essere vivente; e sfido a negarlo quando ogni giorno vedesi crescere e vegetare. Cosa importa dunque definire fisiologicamente cotesta vita? Essa è una vita adietta, accessoria se vuolsi ad un' altra vita dalla quale un giorno si staccherà per viver vita sua propria. Ma che quello sia un *essere vivo (se è vero feto)* non può negarsi, e così in quella vitalità presente accompagnata da una probabilità di una vita futura indipendente ed autonoma trovasi a sufficienza l'obiettivo del delitto di chi malvagiamente la spenga. Non sussiste come piace allo illustre scrittore insinuare (a *pag.* 7) che noi abbiamo definito il feticidio la uccisione di un feto *che non si sa se sia vivo.* Noi lo definiamo con ben altri termini, e in questi termini sta come estremo precisamente l' opposto di quello che vi legge il nostro censore. Definendolo la *uccisione* supponiamo per necessità logica la vita, perchè non si può uccidere chi non è vivo; aggiungendo come estremo che dalla espulsione ne *consegua la morte*, una seconda volta presupponiamo la vita perchè non si può recar morte a chi non ha vita. Per noi dunque il feto nell' utero *vive*, e non ci importa definire fisiologi-

camente qual vita sia, purchè non si possa affermare che stava colà dentro come corpo morto. Laonde se questa eccezionalità venga dimostrata perchè si chiarisca che già era morto prima della violenta espulsione, il delitto sparisce per mancanza di obietto. E d' altronde non sapremmo come costruire il delitto di aborto sull'obiettivo dell'ordine delle famiglie. Il diritto che si afferma violato con un malefizio non può stare per aria di per sè come ente ideale e di fantasia: bisogna trovare un uomo a cui spetti il *diritto di famiglia* che si pretende violato. Ora questo diritto di famiglia violato mediante l' aborto criminoso a chi lo attribuisce egli il sig. Ambrosoli? al marito forse come fecero i Romani? No: perchè la fanciulla incinta non aveva marito. Bisogna dunque attribuirlo al feto stesso. Ma per attribuire un diritto al feto bisogna supporgli la vita: ed in questo senso noi non ci opporremmo a riconoscerlo come un diritto sperato accessorio alla vita. Ma appunto perchè accessorio non porterebbe mai a spostare la classe del reato il quale troverebbe la sua primaria e principale obiettività nella vita del feto. Così lo infante nato di fresco ha un diritto di famiglia, in virtù del quale deve essere accertato il suo stato civile. E se l' infante si uccide si priva del diritto di famiglia nel tempo stesso che del diritto alla vita: ma perchè questo è prevalente su quello, il reato si definisce e si classa secondo l' obiettivo della vita; e non si dice che l' infanticidio sia un delitto contro l' ordine delle famiglie, e il delitto di soppressione di stato si ravvisa soltanto quando all' infante fu tolto lo stato civile senza torgli la vita. A torto poi ci critica a *pag.* 7) per aver noi detto che la vita del feto ha un *minor valore politico* della vita dell' uomo, per indurne che il feticidio offra (come fermamente crediamo) una quantità naturale minore dell' omicidio; quasi che con ciò noi ci fossimo contradetti ed avessimo negata la vita del feto. Dire che una vita val meno (perchè tuttora incerta del suo progresso avvenire) non equivale davvero a dire che una vita non sia. Ad ogni modo quando

seriamente si volesse negare la *vita* del feto ed ogni sua capacità giuridica la logica condurrebbe a trovare l' obiettivo del feticidio nella società per la minorata popolazione; e così a collocare il feticidio fra i delitti sociali; mai fra quelli contro l' ordine delle famiglie. Ma tale concetto non sarebbe accettabile per quella stessa ragione che nella sua somma perspicacia ha rilevato lo stesso illustre scrittore; vale a dire che ammesso ciò bisognerebbe elevare a delitto tutti gli atti coi quali preventivamente s' impedisce la gravidanza; cosa intollerabile.

§. 1253.

Primo estremo — *Gravidanza* — Quando al procurato aborto non consente la donna, i soggetti passivi del delitto sono due: cioè la donna cui si è cagionato l' aborto; e il feto che si è ucciso. Ma quando è la donna che procura o consente l' aborto di sè medesima, soggetto passivo del delitto non può essere che il feto. Dunque il feto bisogna che esista, perchè contro un non ente non può aversi delitto. Dunque è necessario che la donna sia gravida, e che la gravidanza sia positivamenie provata dall' accusa. Parrà futile insistere su questo estremo: ma pure nel 1852 fu punita in Sassonia con sei mesi di detenzione come rea di tentato aborto una fanciulla, quantunque fosse lucidamente resultato che non era mai stata gravida (1) ma che soltanto lo aveva creduto; e credendolo aveva sorbito dei medicinali per abortire. Causa di ciò il falso concetto che soggetto passivo del tentato aborto sia la donna stessa: e la funesta proclività di cui pecca il codice Sassone, a punire la intenzione malvagia quan-

tunque non susseguita da atto esterno, che abbia potenza di violare il diritto. Con uguale criterio potrebbe rimproverarsi di tentato omicidio chi recò ferite a un cadavere non credendolo tale. La teoria del *peccato putativo* non può tramutarsi in quella del reato putativo.

(1) Vedasi su questa notabilissima aberrazione il Mittermaier *del tentato aborto*, *pag.* 51, 52, 53 della traduzione italiana. Questo è davvero un punire la sola intenzione. Questo è un punire un delitto concretamente impossibile. E vale per conseguenza lo stesso che convertire il codice penale in un regolamento claustrale. A ciò condusse la sbagliata nozione del tentativo. Ammesso una volta il principio falsissimo che la impossibilità concreta dello evento non basti ad eliminare la punibilità del tentativo, il frutto che si raccoglie deve essere per necessità consentaneo a codesto seme vizioso. Quella fanciulla credendosi gravida fece atti esteriori diretti al fine di abortire. Ma gravida assolutamente non era, e quel feto che essa voleva uccidere non mai aveva esistito tranne che negli esaltati vaneggiamenti della fantasia della donna. Pure perchè ricorrevano con la prava intenzione degli atti esecutivi, fu detta rea di *tentato aborto*. Si tenga sempre fiso nell'animo che ad imputare politicamente un fatto malvagio non basta la *malvagità* del fatto: che il magistero punitivo non ha facoltà nessuna tranne quella che in lui deriva pel bisogno della tutela giuridica: che per conseguenza non può politicamente imputarsi un fatto se da questo non venne o una *lesione* effettiva del diritto (reato consumato) o almeno una situazione di *pericolo reale* del diritto stesso: che perciò la base della politica imputabilità del tentativo è il *pericolo corso*. Dai quali cardini ne derivano le due regole costanti — 1.° che quei fatti esteriori per quanto malvagi dove non fu *pericolo* del diritto non offrono nessuno elemento per essere imputati politicamente come tentativi — 2.° che la quantità del ten-

tativo ed il respettivo aumento d' imputazione dovrà sempre procedere proporzionatamente allo aumento di prossimità e gravità nel pericolo; cosicchè la massima imputazione del reato imperfetto non potrà mai raggiungersi dovunque uno qualsiasi degli atti esecutivi presenti deficenza di pericolo. Finchè si terranno presenti questi cardini giudicheremo rettamente tutti i problemi concreti: quando si vorranno dimenticare si cadrà sempre in errori ed ingiustizie.

§. 1254.

Ogni qualvolta pertanto rimanga dubbio, se si trattava o no di vera gravidanza, mancherà lo *elemento materiale* all' accusa di feticidio. Nè sono da attendersi le opinioni di alcuni scrittori (come per esempio il Kock §. 487) i quali pretendono costruire il titolo di feticidio dove manca la esistenza del feto. Ma qui nasce disputa sul termine *a quo*, e sul termine *ad quem*. Circa il termine *a quo* la dottrina di Aristotile che insegnava non animarsi il feto se non dopo quaranta giorni se maschio, e dopo sessanta se femmina, portava a dire che ad avere questo reato nella sua forma perfetto si esigesse una gravidanza almeno bimestre. La opinione d' Ippocrate che non vi fosse termine fisso all' animazione del feto, conduceva invece a delle verificazioni in ogni caso speciale, quasi impossibili ad ottenersi. La fisiologia moderna facendo prevalere la opinione che l' anima s' infonda nel feto nell' istante medesimo del concepimento ha sbarazzato la pratica legale da queste difficoltà. Cosicchè oggi *in puncto juris* il delitto di feticidio trova termini abili dal primo istante in cui è certa la gravidanza (1).

E questa soluzione positiva *in puncto juris* soltanto soggiace *in puncto facti* alle non lievi difficoltà che s' incontrano per sapere se trattavasi di un vero feto, lo che quasi vorrei dire impossibile a dimostrarsi nei primi mesi, attesa la incertezza dei segni sintomatici della gravidanza.

(1) Ciò per altro non toglie che come *criterio misuratore* della maggiore o minore quantità del delitto di feticidio possa tenersi a calcolo lo inoltramento maggiore o minore della gravidanza. La ragione di tale criterio è intuitiva. Onde Hommel (*Rapsodiae Vol.* 1, *observ.* 8) ne assicura che nella pratica Germanica si tenne come influentissimo siffatto criterio sulla misura della penalità nello aborto.

§. 1255.

Più gravi difficoltà sorgono circa il termine *ad quem*, occorrendo distinguere il *procurato aborto* dal *parto accelerato*.

Il primo dubbio nasce quando il *parto accelerato* lo sia stato per *causa disonesta*, ma non abbia prodotto la morte del feto. Per esempio fu la vedova che calda di avare voglie sollecitò il parto con mezzi violenti per acquistare la successione del defunto marito; la quale le saria sfuggita di mano, se il parto più che decimestre avesse rivelato la viziosa fecondazione: oppure il parto si accelerò forse di pochi giorni dalla donna illecitamente fecondata per prevenire il ritorno imminente del marito, o del genitore. Ma in questa prima ipotesi se la creatura nacque vitale e vive, non potrebbe parlarsi nè di procurato aborto, nè manco

assai di feticidio: come non se ne potrebbe parlare se poscia la creatura venisse a morte per cagioni indipendenti dalla accelerazione del suo nascimento. Questa soluzione che io credo vera in faccia alla scienza, è indubitata in faccia al codice Toscano (1).

(1) Per la opinione dei pratici (attestata da Claro, Jousse, Farinaccio, ed altri) l' accelerazione del parto, benchè non susseguita dalla morte della creatura, si dovrebbe pur sempre punire con pena straordinaria. A me pare che in cotesta ipotesi non vi sia ragione politica di punire.

§. 1256.

Il secondo dubbio nasce quando in codesta ipotesi (di causa disonesta) sia avvenuta la morte della creatura, e si giudichi avvenuta appunto per l' accelerazione del parto. Ad escludere il delitto in questa seconda ipotesi potrebbe dirsi che non era in codeste donne la intenzione di uccidere il feto. Non era tale intenzione nella vedova, la quale anzi aveva interesse nella vita del feto, ed anzi in questa vita soltanto ella riposava le sue avide ed ingiuste speranze. Malgrado ciò per sostenere l' accusa può rispondersi che il materiale del feticidio esiste; e che non può dirsi difettare dal lato della *intenzione*, perchè il dolo speciale di questo delitto può consistere nel *disegno* di espellere un feto *immaturo*, quantunque senza intenzione di uccidere. E questa soluzione è certa del pari in faccia all' art. 321 del codice Toscano.

§. 1257.

Difficoltà ancora più gravi sorgono nel caso che l' accelerazione del parto sia proceduta da *causa onesta*, e codesto dubbio si estende ancora al vero e proprio aborto. Può avvenire che si acceleri il parto, ed anche che si procuri l' aborto, per causa onesta, quando sia il medico che ciò faccia per salvare la madre da imminente pericolo di vita. Sui limiti del potere del chirurgo in questo terribile bivio, molto si è disputato dai teologi, e molto dai medici (1). Le facoltà mediche di Parigi e del Belgio tennero non ha guari solenni adunanze scientifiche all' unico scopo di decidere questo delicato problema, se il chirurgo che uccida il feto nel ventre materno, perchè la sua scienza lo persuada essere impossibile il parto naturale per malattia o viziosa conformazione della donna, si renda o no colpevole di omicidio. La questione fu largamente discussa dai sostenitori delle due opposte opinioni sotto il punto di vista teologico, e sotto il punto di vista chirurgico. Gli uni aderivano al precetto divino che indistintamente vieta di uccidere; e mostrando casi di operazioni felici, mercè le quali si era potuta salvare e la creatura e la madre; proclamavano barbaro e reo di omicidio il chirurgo che per non correre i rischi dell' operazione dava morte certa alla creatura sotto il pretesto di evitare la morte di lei, e della madre che era pur sempre incerta. E così dicevano complice di omicidio la madre che alla operazione si fosse per egoistici timori negata sacrificando a quelli la prole.

Altri invece rispondevano il precetto dovere avere una eccezione nella necessità di conservare una personalità umana già esistente, completa, e certa, anche a discapito di una personalità che è tuttora incompleta ed incerta: e col presidio di documenti statistici sostenevano le operazioni volute dagli avversarii essere il più delle volte riuscite micidiali ugualmente così alla madre come al feto, ed essersi per tal guisa mediante quelle consumato un doppio omicidio. I due partiti rimasero, come suole, aderenti ciascuno alla propria opinione: e nelle facoltà congregate fuvvi varietà di formula nella decisione; ed anche la questione fu scissa fra la ipotesi di un semplice acceleramento di parto, e quella di vera e propria uccisione del feto affine di evitare la operazione cesarea. In generale però nelle accademie e nelle facoltà sembra prevalesse la soluzione, che era questione di coscienza da rilasciarsi al giudizio dei professori chiamati a soccorso in quel terribile bivio. Sotto il punto di vista giuridico non dovrebbe certamente esonerarsi da ogni rimprovero (per lo meno di precipitazione ed imprudenza) quel chirurgo che ai soli proprii lumi ed osservazioni il tremendo giudizio affidasse tra il sacrifizio certo della creatura, ed il probabile della creatura e della madre; e dietro superficiale ispezione precipitoso corresse al feticidio. Dovranno all'uopo chiamarsi i più esperti dell'arte. Ma quando i maturi consulti decidano essere inevitabile alla vita della madre il sacrificio del feto, il giurista non può trovare elemento nè di dolo nè di colpa. Il divieto di uccidere è subordinato alla eccezione della necessità. E la giustizia umana non può

dall' oracolo umano' dei pratici declinare nel giudizio concreto di tale necessità.

(1) La interessante questione se il medico che consigli o consumi l' aborto per conservare la vita alla donna sia politicamente imputabile, si trattò fino dai loro tempi da Socino *(in cap. si aliquis 5, de homicidio)* il quale lo sostenne innocente: da Felino (nel *cap.* suddetto) che lasciò il dubbio indeciso: da Menochio *(de arbitr. jud. cas. 357, n. 20)* che propose secondo suo stile una distinzione; e da Alberico Gentile *(in leg. 1 C. de maleficiis)* che fondandosi sul sacro detto *non sunt facienda mala ut eveniant bona*, recisamente impugnò nel medico cotesta licenza. Intorno alla questione sul così detto *avortement medical* possono fra i più recenti consultarsi Ferdut *de l' avortement pag. 100*, e Laujardiere *de l' avortement* ove riporta per largo le discussioni che si tennero su tal proposito nella società Accademica della Loira inferiore nel gennajo 1852, e quindi nell' Accademia medica di Parigi nella sessione esclusivamente destinata a questa discussione che durò dal 10 febbrajo al 30 marzo 1852.

§. 1258.

SECONDO ESTREMO — *Dolo* — Il dolo nel procurato aborto si compone di due criterii. — 1.° *Scienza della gravidanza* — 2.° *Animo diretto* alla ejezione del feto. È evidente che il secondo presuppone il primo come una necessità logica senza di cui non può esistere; ed io stimo del pari che non possa fornire argomento di seria disputa doversi nel feticidio ammettere la possibilità così del *dolo d' impeto* come del *dolo di proposito*. Anche qui richiamo le osservazio-

ni altre volte da me ripetute contro la utopia della presunta premeditazione.

§. 1259.

Ma in quanto alla *intenzione indiretta*, ossia all' aborto colposo, deve procedersi con distinzioni. Se trattasi di donna lecitamente fecondata sta bene dirla *magis miseratione digna*, e sarebbe inumano lo aggiungere ai suoi dolori un processo criminale. Ma quanto alla donna illecitamente fecondata gravi controversie s' incontrano. A lasciare impunito l' aborto colposo in costei, taluno esitò per il sospetto che sotto il colore di disavvertenza si nascondesse il dolo. Ma se tale sospetto può condurre a delle accurate investigazioni onde convincere la donna di aborto intenzionale, non può bastare perchè le si obietti il titolo di aborto colposo quando realmente risulti che avvenne per mera imprudenza. Tale almeno è la opinione più comunemente ricevuta (1) e che a me sembra più vera.

(1) Carmignani (§. 919) Giuliani (*vol.* 2, *pag.* 267) Puccioni (*Saggio pag.* 457). mentre pongono come estremo del procurato aborto il *dolo*, escludono da qualunque pena la *colpa* nella donna. Ed anche il nostro codice richiede (all' art. 321) come estremo il *dolo*. Ed anzi rimpetto al nostro codice il titolo di *aborto colposo* non si applica neppure all' *estraneo* che ne sia stato cagione, in ciò derogandosi alla nozione del diritto romano: *leg.* 38, §. 5, *ff. de poenis*. Ciò chiaro emerge dal vedere che il nostro codice fa all' art. 326 §. 1 lett. c. dell' aborto colposo un caso di lesione gravissima. Ambrosoli nel suo scritto

già lodato di sopra, concorda pienamente la non punibilità dello aborto *colposo* cagionatosi dalla donna anche illecitamente fecondata e confuta completamente tutte le contrarie obiezioni.

§. 1260.

Quando poi l'aborto avvenne per il fatto di *un terzo* deve distinguersi: se il fatto del terzo procedette da mera imprudenza senza animo di offendere la donna, si potrà obiettare a costui il titolo di lesione *gravissima colposa*. Che se un uomo dolosamente percosse la donna incinta senza conoscere il suo stato, e ne cagionò l'aborto, si avrà il titolo di lesione *gravissima preterintenzionale*. Se finalmente ei la percosse conoscendo il suo stato sorge il titolo di lesione *gravissima dolosa*. Cosicchè la scienza odierna non conosce il titolo di feticidio se non là dove concorre la intenzione *diretta* alla uccisione del feto. Imperocchè dove questa manchi, se del fatto della donna ragionasi, cessa ogni penale responsabilità: se del fatto di estraneo, sottentra *altro titolo* di reato.

§. 1261.

Terzo estremo — *Mezzi violenti* — Si dividono i mezzi abortivi in *morali* (incussione di timore) *fisici* (somministrazione di farmachi che abbiano o la potenza di uccidere il feto, o quella di eccitare contrazioni espulsive nell' utero) e *meccanici* (urti al ventre, perforazione dell' utero, fulmine elettrico, e simili). Il

giurista lascia al medico legale il giudizio sulla idoneità relativa di codesti mezzi, e le dispute assai problematiche che si elevano in alcune specialità (1). E si appaga di qualunque di loro per ravvisarvi la forza fisica subiettiva del delitto, quando essi abbiano prodotto l'effetto. Solo deve avvertirsi che dove si parli di aborto procurato dalla donna sopra sè stessa, la tesi dei mezzi morali sarà naturalmente impossibile.

(1) È notevole che i popoli nordici non conoscevano come mezzo di aborto altro che i mezzi meccanici. La legge alemanna, e le altre congeneri non parlano di aborto per medicamento. Ciò è tanto più singolare in quanto che prevedono come delitto assimilato all'aborto la somministrazione ad un uomo di un filtro destinato a renderlo impotente alla generazione. Queste tradizioni si riprodussero nella Carolina. Anche i romani riunirono in una sola contemplazione il *poculo abortivo*, e il *poculo* così detto *amatorio*, o filtro. Onde gl' interpreti alla *leg.* 38 §. 5 *ff. de poenis*, la frase *aut homo perierit* la referiscono non alla morte del feto, ma al caso (nella legge stessa accennato) della morte di un *uomo* a cui si fosse somministrato un filtro. Diffusamente il Walchio nella citata *Esercitazione* — Nani *ad Mattheum lib.* 47, *tit.* 5, *cap.* 1, *nota* 1 — Schultingio *ad lib.* 5 *sentent. Pauli, tit.* 23, *nota* 47.

§. 1262.

Quarto estremo — *Morte del feto* — Il feticidio è un delitto *materiale*, come tra poco esporrò. Esso non si consuma con un' azione, ma con un *evento* ottenuto. Ma per avere questo delitto non basta neppure che concorrano materialmente questi quattro estremi della

gravidanza, del dolo, dei mezzi adoperati, e dell' avvenuta morte del feto, se quelli non hanno con questa il rapporto di causa ad effetto. Può infatti accadere che una donna incinta volendo abortire, usi mezzi inidonei a tal uopo: e poscia abortisca per cause naturali affatto indipendenti dai mezzi usati da lei. Onde è forza che l' accusa giustifichi che la morte avvenuta fu *conseguenza* dei mezzi adoperati. Tale almeno è la dottrina italiana (1).

(1) Dove prevalse la dottrina della punibilità del tentato aborto (la quale però non è accettabile come al §. 1269 dirò) in questi termini potrebbe sorgere il titolo di tentato aborto, qualora si dimostrasse che i mezzi erano *idonei* a provocarlo, quantunque in fatto non da loro, ma da altre cause posteriormente derivasse. Giammai però potrebbe venirsi neppure a tal consegueuza, quando i mezzi fossero stati *inidonei*. In Germania allargossi per la influenza di Feuerbach la erronea dottrina della punibilità del tentativo, benchè posto in essere con mezzi *inidonei*. L' Otto dissertò lungamente per dimostrare che colui che sgrillettava contro un nemico un fucile scarico era reo di tentato omicidio. La Corte Suprema di Monaco in Baviera, procedendo nel concetto della punibilità del tentato aborto, con sentenza del 28 aprile 1854 decretò doversi punire come colpevole di *tentato aborto* una ragazza incinta, la quale confessò di aver mangiato molti funghi nella speranza che la facessero abortire. Lo che anche nella ipotesi della punibilità del tentato aborto fu grosso errore, poichè i medici attestarono che quei funghi non le avevano fatto niente, e nessunissima virtù possedevano capace a procurare lo aborto. Ci duole che lo influsso di quella falsa dottrina si sia protratto fino a noi, come dimostra l' art. 536 del codice Sardo, che non vorremmo leggere in un codice Italiano.

Codesto inescusabile errore fu corretto nel codice Sardo col decreto del 17 febbrajo 1861 (vedasi Cosentino *pag.* 383) nelle provincie napoletane alle quali fu esteso quel codice. Si mantenne peraltro con tenace affezione nelle antiche provincie.

§. 1263.

La denominazione di *feticidio* sostituita (1) a quella di *procurato aborto*, e l' adiezione di questo quarto estremo nella definizione del delitto, come trovasi nel codice Toscano (art. 321) sono di grande importanza.

(1) Recentemente Tardieu volle costruire una nuova dottrina che acquistò credito per la meritata riputazione del suo promotore. Questa in sostanza consiste nello stabilire che il procurato aborto è un reato affatto distinto e indipendente dal feticidio. Secondo lui non è necessario al materiale del procurato aborto la prova della vita o della attitudine vitale del feto, ossia di quella che chiamasi *vita feto placentale*. Il materiale dell' aborto egli lo trova bastantemente completo nella prova delle *manovre adoperate* per espellere il prodotto di una concezione e della conseguita espulsione. Senza ciò (egli osserva) non si raggiunge quasi mai la prova del delitto che importa punire, perchè quasi sempre il corpo espulso viene disperso e non si può verificare cosa fosse. Se la giustizia ha potuto porre le mani su quel corpo si devono fare dai medici legali le opportune ispezioni per accertare la condizione dl feto e le sue attitudini nel corpo stesso : ma quando quel corpo è sfuggito alla giustizia, la prova delle manovre dolosamente adoperate e della espulsione deve bastare a costruire il materiale del delitto e ad irrogare la pena. Questa novella teorica che sembra aver preso voga come per moda, contradice alle re-

gole fin qui prevalenti così nel fôro come appo i medico legisti: ma io non saprei accettarla. Osservo in primo luogo sotto un punto di vista generale che con questa dottrina si viene a condannare come rea di procurato aborto la fanciulla che non è mai stata gravida quando per i ritardi dei suoi corsi venuta in sospetto di essere incinla abbia espulso un grumo di sangue. E questo, vogliasi o no, è lo stesso che punire la mera intenzione. Osservo poi in termini più speciali che lo stesso Tardieu volendo ridurre l'aborto a delitto formale ne trova il *corpus criminis* nelle manovre adoperate ad espellere *le produit de conception*. Ma dunque lo stesso Tardieu vuole che si accerti essere stato quel corpo espulso il *prodotto di un concepimento;* lo che vuol dire nè più nè meno un *feto*. E dimando come potranno i seguaci di Tardieu persuadere ai giudici che le manovre caddero sopra il prodotto di un' concepimento se per mezzo di visite sul ventre tumescente non fu accertata la presenza in quello di un tale prodotto; o se per la successiva ispezione del corpo espulso non si poterono accertare che questo fosse il prodotto di una concezione anzichè il risultato di una innormalità morbosa. Per compire la dottrina ed eliminare la contradizione che le è intrinseca non rimane che a stabilire la presunzione di gravidanza a carico di ogni donna che sospetti di esser gravida.

§. 1264.

Influiscono in primo luogo nel caso di parto *accelerato* con ejezione di feto vitale, e che realmente vegeta e vive: nel qual caso parmi indubitato dovere cessare ogni politica imputabilità. Quando in codesta ipotesi sia chiarita la intenzione nefasta della donna, potrà dubitarsi: abbiamo, si dirà, il dolo dell' agente diretto alla prematura espulsione; abbiamo gli atti di

esecuzione perseverati fino all' estremo; abbiamo il resultato della ottenuta espulsione: se la creatura non perì, fu un beneficio della provvidenza che rispetto all' accusata rappresenta un fortuito indipendente dalla volontà sua, e dai modi usati da lei: ricorrono dunque i termini del delitto mancato, o per lo meno del tentativo. Codesta argomentazione può dirsi solida sotto il punto di vista giuridico; poichè anche ritenuto che il momento della consumazione obiettiva del reato non stia nella espulsione, ma nella morte del feto, pur nondimeno non può non considerarsi nella espulsione l' ultimo momento subiettivo del reato: se atti ulteriori dopo l' avvenuta espulsione si dimandassero come complemento della subiettività del malefizio, si confonderebbe la nozione del feticidio con la nozione dello infanticidio. Ma pure guardata la questione sotto il punto di vista politico, deve accettarsi, come ho detto di sopra, nella proposta ipotesi la impunibilità. Infatti rispondesi in primo luogo: se è vero che la scienza e le leggi trovano la consumazione subiettiva del procurato aborto nella espulsione del feto, è vero altresì che ve la trovano, perchè nei casi ordinarii la espulsione prematura e la morte sono concatenate fra loro per un rapporto fisiologico che rare volte fallisce. In secondo luogo quando la creatura è salva, sarà facile alla donna di far valere a propria discolpa codesto resultato, allegando che tale salvezza non fu del tutto opera del caso, ma sibbene della previdenza di lei che volendo salva la prole, prescelse mezzi i quali agissero unicamente sull' utero suo, e niente la innocente prole offendessero: e aggiungerà a propria discolpa le

cure amorose che da lei prontamente si porsero alla prole, e che ripararono ai pericoli dell' anticipazione del parto. Per ultimo sarebbe impolitico minacciare in codesto caso una pena che potrebbe fornire una terribile spinta allo infanticidio. Altri in consiglio suo potrà forse da questa opinione differire in tale combinazione, che non vidi mai esaminata da alcuno. Ma io tengo per vera la regola della non imputabilità, come sanzionata dal codice Toscano (1).

(1) Rettamente osserva Ferdut *(de l' avortement pag.* 60) che sotto il punto di vista ostetrico l' aborto procurato è cosa essenzialmente distinta dal parto accelerato e la distinzione secondo lui dipende da questo che in faccia al primo il feto non può sopravvivere, mentre può sopravvivere in faccia al secondo; e conclude che dal settimo mese indietro si ha l' aborto, e dopo il settimo mese si ha il parto accelerato. Tuttociò è fisiologicamente verissimo, ma non per questo io veggo la necessità di costruire nei due casi due distinte nozioni di reato. Nello interesse giuridico si ha la espulsione di *feto immaturo* tanto nei primi come negli ultimi mesi, perchè allora soltanto si può dire raggiunta la maturità quando il feto *naturalmente* si distacca dall' utero per passare alla vita estrauterina. Che se lo inoltramento della gravidanza potrà dare occasione di ammettere nello agente una intenzione non micidiale, o potrà effettivamente essere causa di un effetto non micidiale, queste fasi diverse o della intenzione o dello evento modificheranno la imputazione del fatto senza bisogno d'invertire il titolo.

§. 1265.

Influiscono nell' altro caso in cui sia verificato che il feto era già morto nell' utero per cause innocenti,

prima della sua violenta espulsione. Nel qual caso parimente, non volendo punir la mera intenzione, non potrebbe trovarsi elemento di delitto nello aver liberato il corpo della donna dalla presenza di un cadavere. Accettata la denominazione di *feticidio* io non ne veggo i termini, in questi due casi: poichè nel 1.° si accuserebbe la donna di aver ucciso chi vive: nel 2.° si accuserebbe di aver ucciso un morto. E quanto all' obietto di tentativo sfugge pur esso nel primo caso per le ragioni politiche dette testè; sfugge nel secondo, per la nota regola della *mancanza di subietto passivo*. Ma nel secondo caso la disputa può sorgere gravissima in ordine all' onere della prova. Se alle regole generali si aderisce, deve dirsi che incombe all' accusa giustificare che il feto era vivente al momento che precedette la espulsione. Ma nel titolo di procurato aborto per una specialità da non trarsi ad esempio, opino che la regola generale possa incontrare eccezione. La impossibilità nella quale versa l' accusa di spingere le sue prove entro l' utero della donna, conduce a dire che quando l' accusa ha mostrato un feto morto prematuramente espulso dal ventre, la presunzione che finchè il feto aderiva a quel ventre avesse condizioni vitali, sembra doverle bastare. Che se altrimenti fu; se non a pravo fine, ma a liberarsi da un feto naturalmente perito, la donna procurò il proprio sconcio; non possono farle difetto i mezzi della propria giustificazione. A noi basti dire che la espulsione del feto morto non può configurare nè delitto consumato, nè tentativo punibile. L' applicazione delicatissima di

codesta regola ai casi pratici dipenderà dalle circostanze e dalla prudenza del magistrato.

§. 1266.

Deve però notarsi che la morte del feto basta che sia nell' *evento*, e non occorre che sia nella intenzione dell' agente, per la già detta ragione che il dolo in questo delitto sta nell' animo di espellere innanzi tempo, e non di uccidere. È poi indifferente che la morte del feto avvenga entro l' utero, o dopo la ejezione; od anche a qualche intervallo: purchè sia certo che la espulsione precoce ne fu la causa. Cosicchè se una donna dopo essersi con mezzi abortivi sgravata, vedendo che la creatura vive, con successive violenze la uccida, non potrà dirsi rea del doppio delitto di *aborto procurato* e di *infanticidio;* ma si dovrà tener colpevole soltanto del reato d' *infanticidio*.

§. 1267.

La *penalità* di questo delitto per una reazione contro la tolleranza pagana si elevò al sommo grado da alcuni Principi cristiani (1). Bisogna però convenire che un influsso benigno spiegò la sua azione più presto verso cotesto malefizio che verso altri (2). Nella scienza e nelle legislazioni moderne distinguesi il caso della donna dal caso dell' estraneo, usandosi alla prima un riguardo in vista del pericolo che corre nella salute. Il codice Sardo (art. 501) punisce l' aborto procurato con la relegazione fino a dieci anni se fu

commesso consenziente la donna: sino a venti se fu commesso lei renitente, o ignorante. Il codice Toscano (art. 321) lo punisce con la casa di forza fino a sette anni nella donna; fino a dieci anni nello estraneo (art. 322) che lo ha procurato lei consenziente: fino a quindici anni (art. 323) nello estraneo che lo ha provocato senza consenso della donna. Ripete la minorante per la donna illecitamente fecondata, riducendo la pena al carcere da due a cinque anni nel caso di *sovrastanti sevizie.* Ma tace affatto della minorante desunta dal pericolo dell' onore scompagnato da pericolo di sevizie, il che (dopo averla ammessa nello infanticidio e nella esposizione d' infanti) parve ad alcuno inesplicabile (3). Invece nelle modificazioni recate al codice Sardo ad occasione della sua estensione alle provincie napoletane trovasi corretto l' art. 503 in guisa che la minorante del pericolo d' onore viene estesa anche a favore degli estranei. Aumenta poi la quantità naturale del delitto, e conseguentemente la penalità, in proporzione dei risultati dannosi che siano derivati alla salute della donna.

(1) I legislatori cristiani dei tempi passati furono per la maggior parte aderenti alla dottrina del giure canonico che sull' autorità dei Santi Padri, e specialmente di sant' Agostino, dichiarava rea di *omicidio* la ragazza che avesse procurato il proprio sconcio. I pratici aderivano alla distinzione tra *feto animato*, e *feto non animato :* e applicando a quello la legge *Si quis* 38 §. *qui abortionis ff. de poenis*, e la legge *divus ff. de extraord. criminibus*, punivano il delitto con la morte: e applicando a questo la legge *Si mulierem ff. ad legem Corn. de sic.* non irrogavano che lo

esilio. Ma fu un errore dei pratici il credere che il diritto romano procedesse sulla norma di cotesta distinzione, che non poteva ammettersi dai romani; i quali aderendo alla dottrina stoica tenevano che la infusione dell' anima avvenisse solo al momento della nascita. Il primo documento di legislazione civile che abbia dato sanzione a cotesta distinzione, trovasi nella Carolina art. 133: come latamente dimostra il Walchio nella sua dissertazione *de genuino fonte distinctionis inter foetum animatum et inanimatum in Nemesi Carolina art. CXXXIII adhibitae.* Questo insigne giureconsulto, che cinque dissertazioni consacra a dimostrare come ed in quali parti la Carolina avesse attinto al giure canonico, sostiene che anche la distinzione suddetta Carlo desunse dal giure canonico, allegando al §. 27 i diversi Concilii che l' avevano proclamata. Anche il giure canonico la riconobbe per altro indifferente al titolo del malefizio, poichè Sisto V nella costituzione *Effraenatam* dichiarò ugualmente punibili *qui faetus immaturi tam animati quam inanimati vel infarmis expulsionem procuraverint.* Altri legislatori invece distinsero la pena secondo il *sesso* del feto, punendo del doppio se questo era il sesso femminile, come per esempio la legge Alemanna tit. 91. Altre comminavano pena pecuniaria da ripetersene il pagamento annuale fino alla settima generazione del colpevole, per la ragione che la creatura privata del battesimo eternamente pativa. Ma gran parte delle leggi locali indistintamente punivano l' aborto proprio con lo estremo supplizio. In Francia dove a cotesto reato davasi il nome di *encise*, l' editto del 1556, altrove citato, minacciava la pena capitale. Ugual pena si comminava dalla consuetudine di Anjou (art. 44) e da quella del Maine (art. 51) e da altri costumi. Ciò non impedì peraltro che si mantenesse in credito presso i giuristi francesi, fino a Vouglans inclusive, la distinzione tra feto animato, e non animato. Ed anzi mentre i giuristi francesi, sostenevano il titolo di *omicidio* per lo specioso argomento che il non nato deve tenersi per nato *cum agi-*

tur de commodo ejus (!), si mostravano per questo delitto eccezionalmente benigni, ammettendo la scusa del pericolo dell' onore. Nella Spagna invece il Fuero Juzgo, (benchè avesse radice principalmente nel giure canonico) alla *ley* 1 *tit.* 3, *lib.* 6, non comminava che la fustigazione: ma le Partidas (*ley.* 8, *tit.* 8, *part.* 7) elevarono la pena fino alla morte se la creatura fosse animata; altrimenti inflissero il solo confine temporario.

(2) L'antico codice di Modena del 28 agosto 1814 (lib. V, tit. IV, art. II.) comminava pure la morte. Ma col successivo codice del 14 decembre 1855 (art. 379) la pena fu ridotta all' ergastolo a tempo, e fu ammessa la scusa del pericolo dell' onore (art. 381) per mitigare di uno o due gradi codesta pena. Il codice di Parma dell' anno 1820 (art. 328) comminava la reclusione da tre a cinque anni — Il codice Ticinese del 1816 infligge la detenzione (art. 270) da tre giorni a due anni — Il codice dei Grigioni (art. 108) infligge l' ergastolo fino a quattro anni — Il codice di Vaud del 1843 (art. 226) applica la reclusione da qnattro mesi a quattro anni — Il codice di Neufchatel dell' anno 1856 (art. 178) infligge la detenzione da uno a quattro anni —. Il codice del Brasile (art. 199) infligge la prigione da uno a cinque anni — Il codice Bavaro del 1813 (art. 172) irrogava la casa di lavoro da quattro a otto anni — Il codice Badese del 6 marzo 1845 (§. 251) la casa di lavoro da sei mesi a sei anni — Il codice Prussiano del 1851 (art. 181) commina la casa di forza fino a cinque anni — Lo Jonio (art. 666) infligge la casa di disciplina da tre a sei anni — Il Maltese (art. 230) lavori forzati o la prigionia da diciotto mesi a tre anni — Il Belga del 1867 (art. 351) la carcere da due a cinque anni — Il Vallese (art. 234) la reclusione da uno a cinque anni — Lo Svedese (cap. 14 §. 26) i lavori forzati da due a sei anni — Il Peruviano (art. 517) la reclusione o l' arresto da uno a due anni. Tutti in generale i codici contemporanei aumentano la penalità contro il terzo che abbia fatto abor-

tire la donna senza consenso di lei, e contro il medico che a sua richiesta le abbia fornito i mezzi opportuni. Raro è però che nella distribuzione delle pene contro cotesto reato si sia tenuto conto del vincolo del sangue: poichè quantunque Cremani *(lib. 3, cap. 6, §. 4)* insegnasse che il marito costringendo la moglie all' aborto si rendesse colpevole di parricidio, a ciò condotto dalla falsa nozione che l'aborto esaurisse i caratteri dell' omicidio, pur non ostante cotesta condizione personale dell' autore o dell' instigatore dell' aborto non trovasi generalmente valutata come aggravante.

(3) Cotesta dimenticanza fu rimproverata al codice Toscano anche dal Cisotti in un suo scritto pubblicato nell'*Eco dei Tribunali* 1861, *n.* 1121. Ma veramente io non credo che fosse dimenticanza. Ma che invece il legislatore procedesse nel concetto che il caso ordinario dell' aborto procurato della donna sopra sè stessa fosse appunto quello della illecita fecondazione, non supponendo possibile che, tranne cotesta fortissima spinta, una donna potesse inveire contro il proprio ventre. Cotesto scrittore insinua che il codice Toscano abbia voluto riprodurre l'antica distinzione tra feto animato, e feto inanimato: ma io penso che il nostro legislatore non abbia voluto risuscitare questo problema, la soluzione del quale è riserbata alla sapienza di Dio. Il codice Toscano non parla d' *anima* ma di *vita ;* e la censura del Cisotti ripetuta poscia da altri presuppone nè più nè meno il *panteismo* nel nostro legislatore, perchè presuppone che esso identifichi l' *anima* e la *vita ;* lochè è pretto panteismo che non può davvero imputarsi al toscano legislatore. A me parve sempre una presunzione per parte dell' uomo quella di definire il momento in cui l'anima entra nel feto, e stabilire con numeri positivi un periodo nel quale con certezza si affermi che esso è là privo d' anima. È vero che il codice Toscano ha definito questo delitto come *feticidio*, e non come *aborto*, dappoichè ha fatto consistere lo estremo materiale del reato non nella *espulsione*, ma nella *uccisione*. Ma ciò può aver fatto per una considerazio-

ne posteriore, non per una considerazione anteriore. Cioè per escludere il caso del parto accelerato con sopravvivenza della creatura; e non già per richiedere la prova giuridica della *vitalità* nello embrione di pochi mesi che sia stato violentemente espulso. Io non credo tanto facile all'arte di produrre cotesta prova. Ma la questione che astrattamente sarebbe tanto difficile a sciogliersi, si evade praticamente per la difficoltà grande di raggiungere con la necessaria sollecitudine il corpo espulso, e sottoporlo allo esame peritico, per far certa la giustizia che si trattava di un *feto*, e non di una *mola*. Sta in ciò la vera ragione della grande rarità dei processi di questa natura.

§. 1268.

È una *speciale questione* virilmente combattuta fra i giuristi, quella relativa alla punibilità del *tentativo di aborto* commesso dalla donna (1) sovra sè stessa. Sotto il punto di vista giuridico il principio d'altronde inconcusso, che non può aversi tentativo punibile nell' uso di mezzi inidonei, portò molti ad insegnare non potersi mai parlare di tentato aborto; perchè se l' aborto non era avvenuto, doveva ciò attribuirsi alla insufficienza dei mezzi. Ma questo argomento si elude con la ipotesi di uso di mezzi idonei, la cui effettività sia mancata, o per cause *relative*, o per *interruzione*, o per *rimedii* sommministrati. Lo che porta a dovere ammettere in *astratto* la possibilità del tentato aborto, quantunque in *concreto* sia arduo sostenere l' accusa, per la facilità di declinarla con allegare la inettitudine dei mezzi; o dedurre che l' aborto non seguì perchè la donna o pentita o timi-

da sospese di adoperarli. Oltre di ciò evvi una ipotesi nella quale si elimina spontaneamente anche questo lato del dubbio; essa è quella in cui l' aborto siasi procurato con mezzi tanto idonei da averlo ottenuto; ma perchè procacciato a gravidanza inoltrata siane resultata la sopravvivenza della creatura in perfetta salute. Come *aborto procurato* si direbbe che in questo caso si ha la *consumazione* perchè la espulsione del feto immaturo è avvenuta, nè varrebbe opporre che se sopravvisse non era immaturo. Come feticidio però si avrebbero i termini del *delitto mancato.* Ma sotto questa figura sarebbe necessario accertare la intenzione di *uccidere* e non la sola intenzione di *espellere.* Ora in pratica sarà assai malagevole persuadere la intenzione di uccidere in quella donna la quale espulso il feto operò in guisa che ei non morisse.

(1) Tale disputa non s' incontra nel caso di aborto tentato da *estraneo;* le regole generali sulla punibilità del tentativo non incontrano in simile ipotesi quelle obiezioni che incontra il tentativo della donna sopra sè medesima tutte le volte che lo estraneo abbia agito *senza consenso della donna.* Ma quando ai tentativi dello estraneo abbia consentito la donna questa combinazione solleva di nuovo acerrima disputa sulla punibilità. Tornano allora in campo le ragioni politiche ed i riguardi alla pace delle famiglie che consigliano di cuoprire il fatto di un velo: e per queste parecchi giuristi francesi sostennero la non punibilità anche in siffatto caso. Ma la Corte di Cassazione di Francia per motivi di stretta aderenza al modo di parlare di quel codice andò in contraria opinione ed ammise la punibilità (27 novembre, 4 decembre 1856, e 3 marzo 1864). Nel punto di vista scientifico o gli argomenti che militano

per la non punibilità della donna sono appezzabili o non lo sono. Se lo sono non vi è ragione di distinguere, e mentre si lascia impunita la donna che non ebbe complici non vi è ragione di punirla perchè ebbe un complice.

§. 1269.

Sotto il punto di vista *politico* non è però disputabile l' assoluta inconvenienza di ammettere un' accusa di *tentato aborto* (1). Osservava Berlier al corpo legislativo che un' accusa di tentato aborto non può istituirsi senza scandalosa pubblicità, e gravi disordini nelle famiglie. Onde poichè la creatura fu salva, e la società non ebbe a deplorare alcun danno, è più improvvido cagionare sicuri disordini propalando i vani conati della fanciulla, di quello che non sia pericoloso lasciarli impuniti sotto il velo del segreto.

Le ragioni stesse che indussero tutti i savii legislatori a non concedere a un pubblico ministero bigotto, o indiscreto, la libera accusa dell' adulterio, militano per negargli la potestà di gettare il turbamento in una famiglia tranquilla, perchè è venuto a sapere da qualche fantesca maligna che la signorina illecitamente fecondata, in un giorno di timore sorbì, ma senza effetto nessuno, una medicina per abortire. Non vi è che la mania di perseguitare ogni atto immorale (manìa pur troppo tendente ad usurpare nel giure punitivo quell' indebito predominio che già si arrogò nel medesimo un fanatismo superstizioso e ignorante) non vi è che cotesta affettata suscettività oggi tanto ostentata, e male rispondente ai costumi ogni dì più

corrotti, che possa chiudere gli occhi ai mali certi conseguenti ad un'accusa di tentato aborto: e ostinarsi a volere dei processi scandalosi, i quali dovranno il più delle volte finire con un' assoluzione per le difficoltà massime di condurli ad effetto. L' assoluzione più probabile deluderà in ultimo risultato i sitibondi di pene: ma lo scandalo sarà avvenuto; e la pace e il decoro di una famiglia saranno irreparabilmente sacrificati. Sono queste le considerazioni che conducono una folla di criminalisti a negare la imputabilità politica dell' aborto inutilmente tentato dalla donna sopra sè stessa. Bourguignon, Carnot, Legraverend, Dalloz, Boitard, Rauter, Chauveau, Greeve, Morin, Helie, Tissot, Haus, Trebutien professano questa dottrina.

(1) Greeve *de conatu partus abacti* — Mittermaier *del tentato aborto*. Vedasi pure Morin *art.* 7863 *et* 7783 — Haus *cours de droit criminel pag.* 213 — Laujardiere *pag.* 262 *; et pag.* 272, ove tocca la questione non solo sotto il punto di vista del diritto positivo francese, ma anche per i principii generali. Espressamente esige la consumazione l' art. 501 del codice Sardo. E quantunque il codice Toscano all' art. 321 non sia egualmente esplicito, non offre per altro dati sufficienti a mio credere per declinare il comune insegnamento. Vedasi ancora la dissertazione di M. Girard su questo argomento nella *Revue Critique vol.* 15, *pag.* 167; e Vesine-Larue *essai sur l' avortement pag.* 45.

§. 1270.

Invano alcuni spiriti meticolosi portano innanzi il pericolo che se la donna non si punisce pel tentativo d'aborto continuerà nei suoi conati, e potrà trionfare nel malvagio disegno. Quest' obietto è una seconda aberrazione, non meno viziosa di quella che vorrebbe dare al giudice il magistero morale. Per cotesto obietto dovrebbero punirsi tutti gli atti preparatorj, ed anco le ree intenzioni. Punire un tentativo vuol dire averlo conosciuto. Ma se fu conosciuto tempestivamente, l'ufficio di polizia pubblica e domestica provvederà al bisogno. Il magistero penale non deve assumere le cure del Delegato di polizia. Ciò che questi può fare senza pubblico danno con misure prudenti e segrete, il giudice penale non potrebbe farlo che con la solennità di un giudizio, nel quale sarebbe dubbioso e rarissimo il risultato della condanna; meschino l'utile della medesima, ove pur mai si ottenesse; imminente, inevitabile, e gravissimo il danno della procedura.

§. 1271.

Per ultimo anche in tema di *aborto procurato* risorge la solita questione (già accennata nel *parricidio* e nello *infanticidio)* circa le condizioni *personali* dell'*autore*. Ed anche qui noi perseveriamo nella nostra formula che la idea astratta della *individuità del titolo*, ed il broccardo che l' *accessorio segue il principale*, devono cedere al sommo principio di giu-

stizia della *individualità del dolo*. Il Frühvald nello infanticidio sostenne (§. 139 *n. III*, 2) che la madre la quale aveva commesso ad estraneo la uccisione dello infante non era colpevole d' *infanticidio*, ma partecipe di *omicidio*. Questa dottrina, ove si applicasse fra noi, porterebbe (per la parificazione nella pena fra mandante e mandatario) alla conseguenza di dannare all' ergastolo a vita la madre a cui un resto di pietà verso la creatura rese impossibile portar la mano sulla medesima, e trepidante ingiunse ad altri il terribile ufficio: e di dannare invece a pochi anni di casa di forza la madre più assai spietata che non esitò a lacerare con le proprie mani le palpitanti membra del figlio. Tali sono le conseguenze inevitabili a cui mena nel diritto penale la cieca obbedienza a certi broccardi. Onde con fior di senno Kitka ed Herbst respinsero come inaccettabile cotesta opinione del Frühvald: *Eco dei Tribunali vol.* 7, *pag.* 186. Nel procurato aborto si riproduce lo stesso quesito: se la madre di propria mano eseguisce gli atti espulsivi del feto, indubitatamente cade sotto l' art. 321 (casa di forza a 7 anni): e se invece ordina ad un chirurgo di eseguire sopra di lei la operazione micidiale, nella quale essa non è che passiva, si dirà partecipe per mandato del feticidio commesso dallo estraneo, e si punirà in ragione delle condizioni personali dello esecutore con la più severa pena di dieci anni? Noi persistiamo nella formula che già largamente sviluppammo nei nostri scritti sulla *complicità:* vale a dire che la teorica della *individuità del titolo* è troppo draconiana: e che la regola dei *con-*

nessi riesce in queste fattispecie sofistica; mentre giustizia vuole che si tenga fermo il criterio della *individualità del dolo*. Altrimenti la donna, che avesse di propria mano procurato l'aborto proprio, considerata come *autrice* del malefizio verrebbe a trovare pena minore di quella inflitta alla donna che ne fosse semplicemente *coautrice* per avere instigato altri a procacciarglielo. Rettamente dunque il codice Toscano aderì alla regola della responsabilità individuale, quando letteralmente punì con 10 anni lo estraneo (1) che alla donna per *volontà* di lei ha procacciato l' aborto (art. 322); e con soli sette anni la donna che lo abbia instigato al malefizio, e lo abbia indotto ad applicarle i mezzi abortivi (art. 321). Evidente è in questa discretiva il trionfo della opinione che noi sosteniamo in opposizione alla scuola francese. E da questo passo della nostra legge se ne può trarre argomento per sciogliere nel senso medesimo il controverso problema in altre configurazioni.

(1) In quanto allo estraneo generalmente la provocazione volontaria di aborto incontra un aumento di penalità se quello abusò a tal fine della professione da lui esercitata. Ma questa regola si dettò dal codice Toscano (art. 324) con la formula *abuso di un' arte che richieda matricola*, la quale non diede occasione ad incertezze o questioni. Invece il codice Francese (art. 317) avendo usato la formula *et autres officiers de santé*, diede occasione a disputare se le *levatrici* cadessero sotto tale censura; come può vedersi in Ferdut *pag*. 99.

CAPITOLO IX.

Del grado nell' omicidio.

§. 1272.

La teoria del *grado* del delitto fu da noi largamente descritta nei suoi principii fondamentali, nè vuolsi attendere per certo che ad ogni titolo speciale di malefizio se ne faccia la ripetizione, o se ne mostri l'applicazione materiale ricorrendo ad una ad una tutte le regole delle minoranti, o quelle del conato (1) e della complicità. Ma poichè vi sono alcuni malefizii, nei quali certe degradazioni della forza soggettiva criminosa fanno sorgere nella tecnologia della scuola, e nel linguaggio accolto dai legislatori, dei titoli speciali e distinti; così vuole il metodo che dovendo descrivere cotesti titoli se ne richiami la trattazione alla dottrina del *grado* sulla quale si adagiano, e dalla quale prende origine la distinta loro figura. Ciò avviene appunto nell'omicidio; e perciò la necessità del presente capitolo.

(1) È facilissima più che in altri reati l'applicazione all'omicidio dei cardini del tentativo. Il conato deve come ogni altro delitto presentare le due forze costituenti e ciascuna di per sè stante e di per sè giustificata: forza morale, e forza fisica. Forza morale soggettiva (azione *dell'*animo) intenzione *diretta* a recar la morte: dunque necessità di dolo *determinato*. Se la intenzione fu incerta, e rispetto alla morte vi fu *previsione* ma non volontà determinata a procacciare precisamente quella, e non contentarsi di mi-

nore effetto, la imputazione si deve misurare dallo evento. L' *omicidio* non trova radice nel *fatto*, perchè non avvenne; non nella *intenzione*, perchè la volontà non fu diretta a quello; nè la previsione è sufficiente a farne le veci quando il fatto previsto ma non voluto mancò. Forza morale oggettiva (forza *sull'* animo altrui) intimidazione o eccitamento: cardine essenziale della imputabilità politica del reato. Dunque quando il tentativo di omicidio per quanto malvagiamente voluto non presentò a ragione delle sue condizioni di fatto verun *pericolo* di effettiva lesione della vita altrui, non può imputarsi come tentato omicidio, perchè non potè nascerne ragionevolmente nè allarme nè eccitamento alla insensata imitazione: la sola malvagità scompagnata da danno e da pericolo reale non si punisce. Forza fisica soggettiva (forza *del* corpo) atti esteriori conducenti alla lesione del diritto voluta dal delinquente. Qui sta lo elemento materiale del tentato omicidio. Ma ciò che col fine voluto non ha un nesso *ontologico* (quantunque vi abbia un nesso *ideologico* negli stolti calcoli dello agente) non può essere elemento materiale di quel fine a cui non porge materia idonea. Quindi gli atti *inetti* ad uccidere, per quanto eseguiti col più feroce proponimento, non possono dar base alla imputazione di tentato omicidio. Tenendo come reo di questo chi diede zucchero al nemico, chi esplose il fucile senza piombo pel fine di avvelenare o di uccidere, si punisce la sola intenzione malvagia a cui non tennero dietro nè atti dannosi nè atti pericolosi, e si sostituisce il magistero morale al magistero politico. Forza fisica oggettiva (forza *sul* corpo) risultamento causativo di pericolo; perchè il diritto attaccato di cui non si raggiunse la violazione (chè allora avremmo il consumato) fu posto ad un dato momento in condizione di reale pericolo per lo attacco portato contro di lui. Di qui una seconda volta la conferma della regola circa i mezzi inetti; ma al tempo stesso il criterio per la misura della imputazione. L' omicidio tentato sarà tanto più imputabile come tale quanto più *prossimo* sarà stato il pericolo corso

dalla vita dello aggredito, perchè tanto maggiore sarà stata la forza fisica oggettiva di quel conato. Come atti meramente *preparatorii* sfuggiranno la imputazione nel tentato omicidio, la compra delle armi, delle polveri, del veleno, ed altri simili atti mancanti di univoca relazione con lo eccidio di un uomo. Il conato *remoto* nella maggior parte degli omicidii resterà quasi impercettibile, poichè in questo malefizio il soggetto passivo della consumazione identificandosi col paziente, e la esecuzione svolgendosi d' ordinario in tutte le sue fasi sul soggetto passivo della consumazione presenta un passaggio immediato dagli atti preparatorii al conato *prossimo:* avvegnachè già sappiamo (§. 394) costituirsi conato remoto dagli atti che cadono sul *soggetto passivo dello attentato,* e conato prossimo soltanto da quelli che cadono sul *soggetto passivo della consumazione*. Pure in qualche fattispecie per i modi particolari di esecuzione si può configurare un conato remoto anche nel tentato omicidio quando la esecuzione del malefizio non abbia cominciato con la immediata aggressione della vittima. Pongasi che siasi voluto uccidere il nemico mentre giaceva addormentato nel proprio letto: tutta la serie degli atti coi quali i sicarii cercarono di penetrare nella camera di quello infelice sono momenti esecutivi del delitto, ma non sono ancora momenti consumativi: sono conati che cadono sul soggetto passivo dello attentato, ma non sul soggetto passivo della consumazione: saranno conati remoti finchè i sicarii giunti presso alla vittima non abbiano cominciato ad agire sopra di lei. Il conato prossimo trapasserà finalmente in *delitto mancato* quando eseguiti tutti gli atti che erano *necessarii* a procacciare la morte del nemico, questa malgrado ciò non siasi ottenuta per cause interamente fortuite ed indipendenti così dalla volontà come dal modo di operare dello agente. Qui torna a ricordarsi il vizio palpabile della formula *per parte sua* adoperata da alcuni per definire il delitto mancato. Non basta ad avere omicidio mancato che un colpevole abbia fatto tutto quello che *per parte sua* doveva eseguirsi nel dise-

gno speciale del fatto: bisogna che siasi eseguito tutto quello che era *necessario* si consumasse perchè la morte ne potesse seguire. Chi ha caricato l'arme, e l'ha consegnata al sicario; chi ha posto il veleno nella vivanda ha già fatto tutto *per parte sua* quanto *per parte sua* doveva fare. Era il sicario che doveva adoperare l'arme: era il cameriere che doveva porgere la vivanda avvelenata alla vittima: era la vittima stessa che doveva prenderla dal focolare e farsene cibo. Perchè la morte avvenisse non bastava che il piombo stasse nello archibugio, o il veleno nella vivanda: era necessario che quel piombo partisse per impulso della polvere contro il corpo della vittima: era necessario che il veleno s'ingerisse nel corpo di lei. Fino a questo momento il delitto non era *subiettivamente consumato* perchè non è *subiettivamente consumato* un delitto al quale mancano tuttavia gli ultimi momenti della consumazione subiettiva. E se questi ultimi momenti non si dovevano (per la specialità del disegno) consumare da me ma da altri, ciò porta a dire che io ho compiuto la parte mia nel dramma scellerato, ma non porta davvero a dire che io abbia *compiuta la consumazione subiettiva* del malefizio. Qui sta lo scambio: qui sta lo errore gravissimo; perchè la consumazione subiettiva di un delitto non è *personale* ma *reale:* non si deve cercare in me od in altro partecipe, andando all'assurdo che uno identico fatto presenti rapporto a me l'omicidio mancato, e rapporto ad altri partecipi l'omicidio tentato: la consumazione subiettiva è un *quid facti* che non deve cercarsi negli individui ma impersonalmente nel fatto secondo natura sua. È consumato subiettivamente l'omicidio quando sono esauriti tutti quei momenti materiali che per la indole del fatto erano necessarii onde avvenisse la morte. Finchè alcuno di questi momenti non ebbero una vita reale e restavano tuttavia ad eseguirsi, l'omicidio è imperfetto anche subiettivamente. Subietto compiuto e atti da eseguirsi sono una contradizione palpabile. Allora soltanto potrà dirsi che il *pericolo* nel quale sta la forza fisica oggettiva del delitto

tentato ha raggiunto il sno ultimo grado quando tuttociò che era necessario perchè il danno avvenisse fu consumato. Ma all'omicidio mancato non basta neppure un completamento ideale di un subiettivo differente da quello che la naturale condizione delle cose imperiosamente esigeva. Non basta che il micidiale con perverso ma erroneo disegno abbia fatto tutto quel tanto che egli *credeva* bastevole a recar morte, se in ciò errarono i calcoli suoi e questo tanto che egli fece non era per le leggi impreteribili della natura sufficiente a produrre quello effetto. Allora costui, no, non ha ancora completato la *consumazione subiettiva* dell'omicidio: egli ha completato la *consumazione subiettiva* di un ideale a cui non corrispondeva la realtà delle cose: egli credette di consumare ma non consumò; e l' nomo non si punisce per ciò che *ha ideato di fare*, per ciò che *ha creduto di fare*, ma per ciò che ha realmente fatto. Di qui il complemento indispensabile alla esatta nozione del delitto mancato, vale a dire che il non successo proceduto dal fortuito che rendette inutile la consumazione di tutti gli atti necessarii ad uccidere sia indipendente non solo dalla volontà dello agente, ma anche dal suo *modo di operare*, o dai *mezzi da lui adoperati* come meglio piaccia di dire. Quando la morte non avvenne perchè gli atti stessi indirizzati a procurarla avevano in loro tali condizioni da non poterla mai produrre per quante volte si ripetessero non si potrà mai dire con verità che abbiasi un omicidio mancato: si ha un romanzo di omicidio mancato creato nella fantasia del colpevole, ma la giustizia colpisce le realtà e non i romanzi. Quel modo di operare (per esempio la esplosione di un fucile carico a piombo minuto da duecento passi di distanza, oppure la somministrazione di un mezzo grano di oppio per avvelenare) quando si ripetesse le cento volte non mai potrebbe troncare una vita umana, dunque il momento consumativo fu scevro da ogni pericolo: dunque giuridicamente deve aversi come non avvenuto, giacchè ciò che non è causa di pericolo non è elemento di tentativo: dunque la consumazione su-

biettiva non fu completa: dunque non vi è delitto mancato perchè è contradittorio ed assurdo che si adatti la nozione di delitto mancato ad un delitto *subiettivamente incompleto*. E sfido i più arditi sofisti a sostenere che un avvelenamento con veleno che non può uccidere; o una esplosione con arme carica in guisa che non può dar morte presentino un veneficio od un omicidio subiettivamente perfetto. Di qui la distinzione fra atti *inidonei* assolutamente ed atti *inidonei relativamente:* o come a me par meglio di dire, fra atti *inetti*, ed atti *insufficienti*. Ad escludere il tentativo punibile non basta la *insufficienza* che sia sopraggiunta ad un dato istante della esecuzione, se gli atti tutti non nacquero viziati da inettitudine assoluta. Ma ad escludere il delitto mancato basta anche la *insufficienza* perchè il delitto mancato vuole una *consumazione subiettiva completa;* ed atti *insufficienti*, e subiettività completa sono anche una volta termini contradittorii. A ciò volle farsi censura da chi guardando la questione con animo preoccupato ne toccò la superficie senza addentrarsi nel fondo della questione stessa, la quale non può rettamente discutersi se bene non si comprende la teorica del *pericolo* nella quale sta tutto il cardine della dottrina del tentativo. Si disse che la teorica del modo *insufficiente* di operare portava all' assurdo, perchè tutte le volte che un' arma diligentemente e micidialmente caricata si fosse esplosa contro il nemico anche a distanza brevissima e non si fosse colpito nel segno poteva dirsi che il non successo era derivato dal modo di operare dello agente per non aver egli ben preso la mira; e così si gridò che con questa dottrina l' omicidio mancato diveniva una nozione impossibile. Questo obietto che tanto si magnificò da coloro cui piace di guardar le questioni con la veduta corta di una spanna, non ha fondamento. Si falsa la teorica per confutar la teorica, e le s' impresta una conclusione che essa rigetta, un assurdo che essa combatte. Il cardine della dottrina è il pericolo. L' arme esplosa a soverchia distanza è *senza pericolo;* e cento volte ripetasi la esplosione, cento

volte ritornerà innocua: ed in faccia a quella esplosione starà senza tema qnalnnque esperto, come avviene ogni giorno fra i cacciatori i qnali in brigata esplodono l' nno verso l'altro fatti sicnri dalla distanza. Possono essi i signori oppositori ripetere lo stesso dell' arme esplosa senza averne presa esatta la mira? Mai no, che non lo possono; e la esperienza giornaliera mostra che anche le armi esplose dai più inesperti e precipitosamente e notturnamente, spesse volte danno nel segno. E nessuno vi sarebbe tanto stolto da mettersi contro ad un fucile per la speranza che l' avversario non prenda la mira od anche per la fede da lui giurata che egli esploderà senza prender la mira. Mai no, che io non vi starei, nè vi starebbe alcun altro dotato di senno ed esperienza. Dunque la esplosione con mira non bastantemente misurata fu nn atto che ebbe in sè tutto *il pericolo di uccidere* la inesattezza della direzione fu un fortuito indipendente dalla volontà dello esploditore e dalla opera sua. Ad una ripetizione del fatto la esplosione con mira precipitosa potrebbe esser causa di morte. Dunque l' omicidio fu subiettivamente completo, e lo assurdo che si obietta è sognato. Assurda invece è la dottrina che vorrebbe respingere dalla nozione dell' omicidio mancato la esclusione dei mezzi insufficienti; è assurda perchè conduce a trovare l' omicidio mancato nella esplosione di un fucile che manchi di fulminante, o inettamente carico, o fatta a favolosa distanza, ed a trovare il veneficio mancato nella sommistrazione di zucchero per veleno, e ad altri simili errori che quantunque si vagheggino tuttavia da qualcuno sono ormai dalla scienza universalmente rejetti. Del resto a quel grande obietto che sempre la esplosione andata in fallo possa dirsi non aver colpito per cattiva mira e così sempre referire il non successo al *modo di operare*, e sempre escludere l' omicidio mancato, diede origine l' audacia dei difensori ai quali l' accusa non sempre seppe opporre congrua risposta. Il sofisma dei difensori stette in questo argomento — *non ha colpito; dunque non ha preso bene la mira;* e così presupponendo la proposizione

che chiunque accuratamente mira debba sempre colpire nel segno, vennero ad attribuirsi una presunzione che disarmava l' accusa. Ma quella proposizione è falsa, perchè tutti i giorni si mira diligentemente alla caccia e pur si fallisce, ed in cento duelli a pistola tiratori anche esperti non si feriscono. Dunque non può accettarsi la presunzione *se non colpì non mirò*. L' accusa pertanto deve bene assodare *l' animo di uccidere*. Questo è il cardine. Assodato l' animo di uccidere diviene presunzione irrecusabile che chi esplose con tale animo cercasse di prendere la mira: altrimenti sarebbe illogico. La difesa pertanto che vuol farsi arme del *non aver preso la mira* per escludere l' omicidio mancato è in debito di *provare essa il fatto speciale* di avere esploso senza mirare. Certamente se essa riescirà a cotesta prova mostrando (a modo d' esempio) che il giudicabile esplose senza neppure portare il fucile alla spalla nessun dubbio che allora avrà escluso l' omicidio mancato perchè potrà dire e far toccare con mano che il reo non mirò, e che non colpì per il suo *modo di operare*. Ma quando la difesa non abbia chiarito ciò e pretenda desumere la prova di non aver mirato dal fatto di non aver colpito cade in un circolo vizioso, costruisce una falsa petizione di principio perchè suppone costante che chi non colpisce non abbia preso accuratamente la mira, mentre invece è costante il contrario che chiunque esplode contro il nemico *al fine di ucciderlo* prende accuratamente la mira. Questa presunzione basta all' accusa (provate le altre condizioni) per affermare che fu fatto tutto il necessario, e che il non colpire in parte vitale la vittima fu una di quelle casualità che tutti i giorni mandano a vuoto i colpi dei cacciatori anche più destri: e sarà assurdo pretendere che l' accusa dopo avere chiarito che io esplosi contro il nemico e dopo avere accertato che io esplosi con animo di uccidere, faccia anche la dimostrazione impossibile che io aveva mirato bene. Ecco come avviene che anche le teoriche le più sane e le più rette si falsano nella loro applicazione, e poi si rimproverano alla teorica

quei vizi che sono soltanto figli del non averne compresa la debita applicazione. Per uguale ragione è del pari erroneo il pensiero di chi vuole trovare la nota caratteristica del tentativo nella interruzione degli atti. Con ciò mentre si fa sembianza di definire il conato si altera la nozione del delitto mancato. Dicesi che quando lo agente non è stato impedito *a fare tutto quello che voleva*, ma tutta corse la linea prefissa o è reo di *delitto mancato*, o non è reo di niente. Ma il dilemma è fallace perchè dimentica il terzo termine di colui che fece tutto, ma con mezzi insufficienti. Il nemico mi assale con archibugio ben carico. Io fuggo al vederlo, e con tale velocità che metto fra lui e me una distanza non mai superabile dalla esplosione della sua arme. Egli m' insegue per vincere tale distanza. La insecuzione continua per lungo tratto di via, persevera tenace per molti minuti. Io dimando se in questo fatto di aggredire per animo di uccidere con archibugio, impostarlo contro, ed inseguire per lunga pezza in tale attitudine il nemico che fugge, si abbia o no un tentativo punibile di omicidio? Io tengo per fermo che sì: e chiunque si trovi nel caso dovendo riconoscere di andare debitore della vita alla sveltezza delle sue gambe si soscriverà alla mia opinione. Or bene: colui dopo lunga e faticosa insecuzione ha esploso l' arme contro di me. Questo ultimo atto come influirà egli sulla quantità del reato? Ecco il bisogno di distinguere. Esplose e mi uccise, quell' atto cambiò l' omicidio tentato in consumato. Esplose dopo aver superato la distanza, ed essersi a me avvicinato tanto da potermi dar morte, ma non mi colpì perchè nel momento della esplosione io feci un rapido moto, ed evitai la botta: quell' ultimo atto ha mutato il tentativo in omicidio mancato; perchè vi fu idoneità fino all' estremo, e la morte non avvenne per il fortuito del mio destro evitare, indipendentemente dalla volontà e dal modo di operare dello agente che troppo senza di ciò mi avrebbe ucciso. Ma invece colui malgrado la tenace insecuzione non potè vincere la distanza, e cieco di rabbia esplose quando

fra lui e me restavano dnecento passi impossibili a percorrersi dai minuti projettili racchiusi nell' arma. In tali condizioni questo ultimo atto non può aver mutato il tentativo in omicidio mancato, perchè non fu *caso*, ma necessità di natura se la botta non mi colpì; e non può dirsi senza iperbole che colui abbia fatto tutto il necessario per uccidermi quando non ha potuto avvicinarmi in modo da render possibile la uccisione: omicidio mancato no, perchè l' atto consumativo (esplosione) fu *inetto assolutamente* e sempre lo sarebbe per legge costante; e così l' azione del giudicabile fu nel suo complesso insufficiente. Ma nemmeno può dirsi che quell' ultimo atto abbia mutato il tentativo in un nulla giuridico. Se dovete convenire che colui con lo aggredire, impostare l' arma, ed inseguire pertinace a fine di uccidere, si rendè debitore di *omicidio tentato* (e su ciò non ammetto dubbio) è assurdo che costui abbia cancellato il suo delitto con lo esplodere ad una distanza assolutamente innocua, perchè questo non fu atto di pentimento, ma di perseveranza nel malvagio volere, e repugna che si tramuti in una scusa del colpevole. Bisogna dunque dire che quello ultimo atto se fu in sè stesso assolutamente inetto non può essere operativo di nessuni effetti giuridici. Non vale a far sorgere l' omicidio mancato, perchè esorbitante è sostener ciò in un fatto nel quale la morte era un impossibile. Ma neppure vale a lavare il colpevole dal debito del tentato omicidio che già aveva incorso, perchè è repugnante che un atto malvagio di più cancelli la responsabilità degli atti malvagi anteriori. Dunque il tentativo punibile rimane, malgrado la innocuità assoluta del momento consumativo. Dunque non è vero che il criterio costitutivo dello attentato punibile sia la *interruzione*, perchè può il colpevole avere esaurito tutti i momenti dell' azione, e nonostante esser tenuto di tentativo. Inutilmente s' invoca l' autorità dello Alciato — *conatus in itinere*. Lo *itinere* dello Alciato deve intendersi nel suo rapporto *oggettivo*, e non già nel suo rapporto *soggettivo*: è *in itinere* quando non ha raggiunto il *suo fine*,

sebbene abbia fatto tutto senza interrompimento quanto aveva divisato. Intendendo lo *itinere* soggettivamente si farebbe dire allo Alciato il massimo degli assurdi: perchè ai suoi tempi niente affatto conoscendosi la distinta nozione del *delitto mancato*, egli avrebbe insegnato che tutti i delitti mancati non erano punibili perchè non erano nè in *meta* nè in *itinere*. Assurdo manifestissimo che mostra il senso di quella regola essere stato unicamente questo che il delinquente è *in itinere* finchè non ha raggiunto il pravo fine. Tutti questi equivoci nascono da un unico abbaglio: cioè da non volere comprendere che il *tentativo* è un *genere*, al quale appartiene come *specie* il delitto mancato per la giunta di un criterio speciale. Inteso questo, tutto sarebbe chiarito, perchè assioma ontologico che la *specie non può mai uscire dal genere* per mancanza del *criterio speciale* finchè le rimangono i criteri generali. Verità ella è questa apodittica e propriamente assiomatica. E pure non si vuole comprendere da taluno, che guardando quei due titoli come due *specie diverse* incappa in equivoci senza numero.

§. 1273.

Finchè il *grado* si considera nella forza fisica dell' omicidio, non vi sono ragioni speciali che richieggano una particolare esposizione dei suoi effetti in questo reato, rimanendo allo studioso la cura di distinguere il tentato dal consumato, e il complice dall' autore (1) sulla scorta delle relative teoriche. Del pari, finchè la forza morale soggettiva dell' omicidio si trova degradata in ragione dell' età, del morbo intellettuale, del sordomutismo, del sonno, della ignoranza; il concorso di tali degradanti non distacca nessuna figura dal comune titolo per farle assumere una

forma o denominazione speciale. Ma fra le degradanti vi è l' *impeto:* ed è appunto effetto dell' impeto nell' omicidio, che per la influenza del medesimo si siano ormai nel linguaggio forense creati dei *titoli* particolari che hanno caratteri proprii e distinti, e regole apposite le quali esigono separato esame: e di queste io serbai la esposizione al capitolo presente.

(1) È facile distinguere nell' omicidio le figure dei diversi partecipi. Il *motore* (§. 430) sarà ancor qui colui che esercitò sullo agente un impulso morale onde determinarlo alla strage altrui. *Favoreggiatori* saranno coloro che senza previo concerto sopraggiunsero a vittima già spenta, onde ajutare i colpevoli ad occultare il malefizio. *Ausiliatori* tutti coloro che senza por mano allo eccidio vi recarono ajuto o col porgere strumenti o veleni od altri mezzi, o col facilitare lo aggredimento. Unicamente in questa applicazione vidi sorgere qualche difficoltà sul punto di delimitare la figura dell' *autore* da quella del *correo*. Per noi che strettamente aderiamo alle nozioni ontologiche non possiamo consentire si chiami alcuno autore dell' omicidio tranne colui che eseguì il *momento consumativo* del reato: vale a dire colui che vibrò il colpo di pugnale mortifero, che prese il veleno, che gettò lo infante nella latrina, e via così discorrendo. E mentre ammettiamo che tutti quei partecipi i quali intervennero attivamente a quel momento consumativo senza peraltro portare in quello la propria mano, possano (e debbano in certi casi) soggettarsi ad eguale castigo come se fossero autori; noi giungiamo a questo risultamento chiamandoli *correi* (corresponsabili) anzichè autori o coautori. In tal guisa conciliamo i bisogni della tutela giuridica con la esattezza della nomenclatura. Udimmo però taluno che ponendo la ipotesi di chi dolosamente avesse retto di propria mano la vittima intanto che il suo compagno la feriva

a morte, affermò che quel reggitore scellerato dovesse chiamarsi *autore;* ma alle nostre orecchie repugna qualunque abuso di nomi quantunque si faccia a servigio di giustizia, perche v' è modo di conciliar questa (mediante le misure della penalità) con la dovuta obbedienza alla verità delle cose. L' autrice della tela è la donna che tesse; non la fantesca che le porge i cannelli del filo. Autore del quadro è il pittore che col pennello lo forma, non il servo che gli regge la tavolozza o gli porge i colori. Autore dell'omicidio è chi vibrò il pugnale non chi afferrò con mano inerme il braccio dell' ucciso. Se costui si chiamasse *autore* nell' omicidio sarebbe logica necessità chiamarlo *autore* anche in altri delitti: per esempio nello stupro chi resse la donzella affinchè altri abusasse villanamente di lei, lo direste *autore* dello stupro. Ma ponete che la donzella fosse retta da un' altra donna, voi dovreste allora proclamare che questa rea femmina fu *autrice di stupro!* Rispettiamo la verità delle cose: certamente se il dare altro nome a chi resse la vittima portasse necessità di irrogargli pena inferiore, questo io non consentirei. Non già che io non vegga (come molti veggono) una differenza fra chi regge e chi vibra lo stile: siffatta differenza per quanto minima nel grado della reità può riconoscersi. Ma appunto perchè minima bisogna trascurarla nella distribuzione delle pene per una ragione tutta pratica: ed è questa; stabilito che la pena massima in ogni reato dovesse serbarsi al solo autore e non adeguarsi per i suoi correi, questa regola dovrebbe essere comune a tntti i malefizi, e condurrebbe l' accusa all' obbligo di fare in ogni processo dove figurino diversi colpevoli intervenuti al momento della consumazione la prova *individuale* di ciò che fu fatto dall' uno o dall' altro: e questo sarebbe il più delle volte impossibile per la mancanza di testimoni presenti. Come sapere dalle mute labbra dello estinto quale dei più sicarii lo ferisse nel cuore, e quale gli usasse sole violenze? Come chiarire fra i parecchi ladri chi fu colui che eseguì il momento consumativo del furto portando la mano sulla

cosa altrui e togliendola via mentre i compagni reggevano il lume, o vigilavano ed ajutavano in altro modo? Di qui lo inconveniente che la pena ordinaria sarebbe rarissimamente applicata dove più ne sarebbe il bisogno, dove cioè lo scellerato si fosse accoppiato con altri nel momento della consumazione. Laonde è impreteribile per i bisogni pratici la regola della solidarietà nel delitto e nella pena rispetto a tutti coloro che scientemente ed attivamente intervennero nel momento consumativo. Dichiarati tutti *correi* e tutti della istessa pena colpiti purchè la partecipazione fosse *influente* e prestata con *scienza*, si amministra doverosamente giustizia, non essendo il fatto individuale ma il fatto collettivo quello che si punisce: nè vi è bisogno per giungere a questo di storpiare la lingua, o di falsare la genuina situazione degli agenti.

§. 1274.

La parola *impeto* esprime una idea generica e variabile al variare degl' impulsi per i quali il medesimo si eccita. *Impeto* esprime la irruzione istantanea di una forza che agisce sopra un oggetto: qui più specialmente designa l' azione di una forza morale sulla volontà nel momento della propria determinazione. La istantaneità della risoluzione e dell' azione è il carattere comune a tutte le forme dell' impeto: ma i suoi effetti giuridici variano secondo il variare degl' impulsi che lo eccitarono; e di qui nasce il bisogno di analizzarlo.

§. 1275.

Può esservi un *impeto*, che lo chiamerò col Metestasio *impeto di malizia*. Questo si trova in colui che senza maturato consiglio cede ad improvvisa

tentazione di uccidere, non per una commozione che in lui turbi le facoltà intellettive, o veemente sospinga la sua determinazione, ma per un subito predominio della malvagia tendenza. Tale è l' omicidio che dicesi *per moto improvviso.* Questa figura non appartiene alla dottrina del *grado.* Esso è l' omicidio che sotto il rapporto della forza morale soggettiva può dirsi nella condizione normale. Senza niente che ne aggravi la quantità politica, ma senza niente altresì che sotto il rapporto della libera elezione ne degradi la forza morale soggettiva. Di questo non è qui luogo a più oltre parlare.

§. 1276.

Evvi un *impeto* che può dirsi d' *ilarità:* qual si ravvisa nella ebbrezza giuliva (§. 339) la quale niente ci dà di speciale al presente titolo.

§. 1277.

Evvi l' *impeto* di *giovinezza:* per il quale generalmente dai dottori si concede, che al reo giunto da poco all' età maggiore si usi un riguardo di benignità nei delitti di sangue, che in altri malefizii non sarebbe ammissibile (1).

(1) Questa benigna regola, che si trova spesso applicata dalla pratica toscana, è precisamente agli antipodi con la dottrina che un tempo si volle insegnare negando nel delitto di omicidio, come eccezione desunta dalla sua atro-

cità, qualsisia mitigazione a riguardo della età minorile: Leyser *vol.* 9, *spec.* 599, *cor.* 1. Ciò non era che una dilatazione di consimile eccezionale rigore che si era voluta introdurre pel delitto di lesa maestà ai tempi in cui cotesto titolo era all'ordine del giorno. Ma rettificate le idee, e ridotta la minorante al criterio di una minor forza morale soggettiva nel delitto, non vi è titolo per quanto odioso nel quale possa declinarsi. Pur troppo non mancano anche oggidì persone che si vantano edotte nella scienza penale, alle quali piacerebbe riprodurre la vecchia sentenza *malitia supplet aetatem.* Ma fortunatamente la voce di costoro non ha forza per farsi udire nelle aule legislative dove si incarnano per opera dei veri dotti gli ultimi pronunziati della scienza penale, sicchè ogni nuovo codice che si promulga in Europa è un novello omaggio renduto al progresso umanitario. La *malizia* può supplire *l' età* per rendere imputabile un giovinetto del reato che egli con *discernimento* commetta: ma per quanto la malizia precoce lo renda imputabile non potrà mai incontrarsi in lui quel senno, quella esperienza, e quella maturità di consiglio che basti a renderlo imputabile pienamente. Ed anzi nei delitti di sangue la foga più prepotente della passione esercita maggiore impero: laonde sarebbe forse ammissibile mitezza minore in ragione dell' età giovanile pei reati di furto ed altri che procedono da calcolo, di quello nol sia in questo genere di malefizi. La maggiore o minore atrocità del reato è una parola vuota di senso giuridico quando si studia il problema della *imputazione.* Tanto deve essere pienamente imputabile colui al quale vuolsi irrogare la pena di un delitto leggiero, quanto colui al quale vuolsi irrogare la pena di un delitto più grave. Ed anzi nel castigo in cui prevale lo intuito punitivo allo intuito correttorio vuolsi usare maggiore scrupolo nel tener conto di ogni piccola deficenza negli elementi della imputabilità.

§. 1278.

Evvi un *impeto*, che può dirsi con Imbert *impeto di pudore.* Esso si configura nella donna infanticida, o causatrice del proprio sconcio per cagione di onore. E di questo pure qui non cade il parlare, poichè altrove ne dicemmo per lungo; ed esponemmo pur le ragioni (§. 1210 e seg.) per le quali noi credevamo dover referire la specialità di cotesti titoli, piuttostochè al solo grado, ad altri criterii più costantemente efficienti della loro specialità.

§. 1279.

Evvi un *impeto* che può dirsi *impeto* di *leggerezza.* Questo si ravvisa in tutti i fatti colposi. Ma quantunque Carmignani per un punto di vista generale richiami la teoria della *colpa* alla materia del *grado;* più veramente si riscontra nella medesima una forma diversa dello *elemento intenzionale*, ed una fase tutta distinta della volontà; e perciò tenemmo parola di cotesta figura là dove descrivemmo (§. 1095 e seg.) le varietà dei titoli di omicidio che procedevano dalle varietà dello stato della intenzione.

§. 1280.

Ma vi sono degl'impeti, che hanno esclusivamente in loro la ragione creatrice di nuovi e separati titoli di omicidio, ed a questi serbammo il presente luogo.

Tale è l' *impeto di giusto sdegno*, che dà agli omicidii la denominazione di omicidii *provocati* od *in rissa*. Tale è l'*impeto del dolore*, che dà all'omicidio il titolo di omicidio *scusato da giusto dolore*. Tale è l' *impeto di paura* che fa sorgere l'omicidio per *eccesso di difesa*. Ad esaurire l'attuale materia rimane dunque, che in tre articoli separati si descrivano i caratteri di codeste particolari configurazioni, e si accennino le regole respettive.

TITOLO I.

Impeto di giusto sdegno.

Omicidio provocato, *e in* rissa.

§. 1281.

L' omicidio *provocato*, e l' omicidio *in rissa*, non presentano sempre precisamente gl' identici termini. Può dirsi che la *rissa* sia una forma della *provocazione;* ma non sempre la *provocazione* richiede per condizione propria la rissa. Pure vogliono essere riuniti in una sola trattazione, perchè hanno l' uno, e l' altro dei principii comuni, e dei principii analoghi, che altrimenti bisognerebbe tediosamente ripetere. L' omicidio *provocato* sotto un punto di vista generale è quello eccitato dallo sdegno: ma l' *ira* essendo l' ordinario eccitante alla strage del proprio simile

non sempre fa degenerare l' omicidio dal titolo di omicidio semplicemente *volontario*, o per *moto improvviso* (1) in quello di omicidio scusato *per provocazione*. Gli affetti (§. 326 e 331) non valgono a costituire scusa, se non in quanto abbiano questo triplice carattere — 1.° di un' azione *rapida*, e dentro certi limiti breve — 2.° di un' azione *veemente*, che vinca l' ordinaria calma della ragione — 3.° di una *causa* che abbia un *colore di giustizia* in rapporto allo agente, ed ai moti suoi; sicchè egli operi nella coscienza di aver ragione, di reagire avverso un'onta ingiustamente patita, sebbene per l' eccesso dello sdegno egli nel reagire trascenda oltre i debiti modi. Di queste tre condizioni si compone la *provocazione* che è scusa tanto frequente nei delitti di sangue.

(1) Cessando ogni rissa, ed ogni provocazione, o *giusto dolore*, l' omicidio *doloso semplice* rimane sotto il predicato di omicidio *volontario* secondo il linguaggio di alcune scuole, e secondo altre di omicidio per *moto improvviso* di animo. Volgarmente si corre a credere che anche in queste due denominazioni non siavi che differenza di parola. Ma è stato dai più esatti avvertito che queste due forme dell' omicidio *doloso semplice* vorrebbero esser distinte nella nozione e nella penalità. La denominazione di omicidio per *moto improvviso* dovrebbe riserbarsi a quei fatti che procedono da un *subitaneo* bollore di sdegno, non eccitato però da una causa che costituisca legittima scusa, e faccia degenerare l' omicidio in provocato. La denominazione di *omicidio volontario* dovrebbe invece riserbarsi all' omicidio *predisposto*, ma non *premeditato*: a quell' omicidio cioè che non fu preceduto da quella maturità di calcolo che si esige a costituire (come vedemmo) la odiosa qualità della pre-

meditazione: ma che fu preceduto altresì da una serie di atti immediati, che dimostrano la fermezza della volontà nel disegno di uccidere, quantunque non prolungata di quel tanto d' intervallo fra la determinazione e l' azione da costituire la premeditazione. In una parola sarebbe (se può dirsi così) un dolo di proposito istantaneo. Queste preparazioni immediate rendono iperbolica la denominazione di *moto improvviso:* non bastano a costituire la premeditazione: vogliono dunque tenersi come caratteristiche di una specie intermedia, cui bene si adatta il predicato di *volontario*, perchè esplicita vi si manifesta la volontà accompagnata da certi momenti di *riflessione;* ed a cui per conseguenza bene si addice una penalità più severa, che non agli atti procedenti da istantaneo e non riflettuto concitamento. Che se volesse essersi ancora più esatti, il nome di omicidio *volontario* dovrebbe riserbarsi a quello che fu commesso con *dolo determinato*. Ai giovani sembrano minuziose coteste distinzioni; ma sono vere psicologicamente, moralmente, e giuridicamente, e in pratica cotesta verità si tocca con mano; e qui ripeterò con un insigne contemporaneo, che in criminale più si distingue più si va meglio sicuri di amministrare giustizia.

§. 1282.

I principii sui quali si adagia la necessità morale e giuridica di ammettere codesta scusa sono diversi, ma tutti convergenti al medesimo fine (1). Ricorre in primo luogo il principio ontologico: poichè la presenza di un affetto di cotesta natura evidentemente degrada la *forza morale soggettiva* del malefizio; sì perchè diminuisce la pravità della coscienza per quella qualsiasi ragione che il colpevole crede di avere, essendo inseparabile dalla umana natura lo indefinito sentimento di aver diritto a reagire contro un' ingiu-

stizia; sì perchè diminuisce l' arbitrio della elezione nel momento in cui si estrinseca la libertà dell' agente, per la pressione che l' affetto esercita sopra l' animo suo. Laonde se l' omicidio in tali condizioni commesso presenta un meno nella sua forza morale soggettiva, egli è ben dovere che come minore s' imputi a chi ne fu responsabile.

Ricorre in secondo luogo il principio giuridico: avvegnachè se l' ucciso patì lesione del suo diritto alla vita, fu egli stesso la prima causa del proprio male, perchè ingiustamente offese il diritto altrui. Non è perciò che nell' ucciso debba tenersi come cessato il diritto alla vita. Cotesta opinione è pur troppo quella che si genera nell' animo dell' offeso, quando vibra il colpo micidiale: ma è opinione stolta. Sebbene per altro il diritto alla vita rimanga inviolabile anche in colui che offese i diritti del proprio simile, pure cotesta inviolabilità è stata indebolita dallo stesso ucciso col fatto suo di violare il diritto dell' altro.

Ricorre finalmente il principio politico: avvegnachè anche la *forza morale oggettiva*, ossia il danno mediato che in cotesti termini reca il delitto mercè la intimidazione dei buoni, sia di gran lunga minore che in altri casi. Vogliasi o no, quando io vengo a sapere che taluno fu spento da un uomo che egli aveva ingiustamente provocato, mi spavento meno; sento meno scemata in me la opinione della mia personale sicurezza, di quello nol sentirei se innocentemente quell' infelice si fosse trovato per tal guisa manomesso. E ciò appunto perchè io calcolo di essere rispettoso ai diritti altrui, e di non provocare alcuno; ed in co-

desto rispetto alla obbedienza dei diritti altrui che mi lusingo di mantenere, trovo facile e sicura la mia propria difesa in faccia all' omicidio di codesta forma: e la facile potenza della difesa privata mi rassicura in faccia alla previsione del possibile rinnuovamento del delitto avvenuto.

Tutti dunque i principii che servono di base alla retta misura della imputazione concorrono a proclamare codesta verità, ormai universalmente riconosciuta oggigiorno, che l' omicidio *provocato* è un delitto per tutti i rispetti distinto dall' omicidio commesso per impeto di malvagità; e che se ne deve fortemente degradare la imputazione (2).

(1) Per farci una idea delle vie torte e sofistiche per le quali dovettero certe verità farsi strada nell' antico giure penale, dove oggi si assidono a fronte scoperta come legittime signore, giovi ricordare il singolare argomento col quale si dimostrò un tempo non doversi l' omicida provocato punire di morte. Per fare accogliere una verità qualunque non valeva il senso morale, od il principio giuridico, vi voleva un broccardo forense: senza questo era inutile ragionare. Or qui fu preso il broccardo *causa causantis est causa causati*. E si disse: il provocante è stato la causa per cui il provocato ha ucciso lui: dunque l' omicidio ha la sua causa nel fatto dell' ucciso, e non in quello dell' uccisore. Nello studio del giure penale antico s' incontrano ad ogni pagina consimili sforzi d' ingegno, i quali mostrano che la verità aveva bisogno di sofismi per farsi accettare.

(2) La scusa della provocazione è così eloquente al cuore di ognuno, che la si ammise per arbitrio degli interpreti anche dove le leggi non ne davano sentore. Così quantunque la costituzione di Carlo V all' art. 137 indistintamente

avesse comminato la pena di morte contro qualsiasi omicidio, ancorchè commesso per impeto, pure gl'interpreti sottrassero a codesta pena il caso dell' omicidio provocato da ingiusta offesa: Leyser *specimen.* 610, *medit.* 8, 9 — Kress *in C. C. C. art.* 137, §. 2, *n.* 4 — Lauterbach *de ira thes.* 35 *et seqq.*

La pratica italiana interpretando i varii statuti locali, usò quasi dappertutto di consimile benignità, ricorrendo alla formula della pena straordinaria. Non così al solito avvenne nell' antica Francia. Ci insegna Vouglans (*institutes du droit criminel pag. mihi* 513) che qualunque omicidio deve dal giudice punirsi di morte; anche quello nell' impeto di giusta collera, nel sonno, e persino quello commesso dal marito sull' adultera colta in flagranti. E soltanto potevasi in cotesti casi chiedere al Re lettere di grazia, che facilmente si accordavano se l' omicidio era commesso senz' arme; ma (prosegue egli) vi erano grandi difficoltà ad ottenerle se era commesso con armi proprie. Cosicchè in generale i codici moderni ridussero a precetto legislativo la scusa della provocazione, che per umanità non solo, ma per vera giustizia erasi universalmente proclamata dalla pratica; ma quello che appo molte nazioni altro non fu se non tradurre in legge le consuetudini giudiciali, in Francia si designò come riforma interessantissima di abuso vizioso. Non è pertanto meraviglia se il codice penale Francese mostrò esitazione nel fare codesto passo, coartando entro angustissimi limiti la facoltà del giudice di ammettere la scusa della provocazione. Rossi (*traité du droit pénal* 2, 21) censura in genere il metodo di definire con termini tassativi in un codice le condizioni della provocazione. Haus (*obs.* 2, 241) aderì a codesta censura. Chauveau (§. 2263) riconobbe la giustizia di tali osservazioni; ma avvertì che a tutti gl' inconvenienti riparano le circostanze attenuanti.

§. 1283.

L' affetto nella provocazione non opera pertanto in un senso puramente *negativo*, in quanto valga ad escludere dall' omicidio il dolo sommo della premeditazione; ma opera in modo *positivo*, in quanto notabilmente degradi la misura ordinaria della imputazione. Al primo effetto non sempre occorre che la passione abbia i tre criterii *essenziali* che ho descritto di sopra: anche la passione ingiusta e non veemente vale ad eliminare il dolo di proposito, sebbene non valga alla *scusa*.

§. 1284.

I criterii misuratori della *scusa* si desumono dal combinato calcolo dei modi, del tempo, e delle cagioni: si desumono cioè — 1.° dalla *gravità del male* patito — 2.° dallo *intervallo* più o meno lungo interceduto fra la offesa sofferta e la reazione — 3.° dalla *giustizia* maggiore o minore della causa eccitatrice dell' ira.

§. 1285.

Sotto il rapporto del primo criterio, la provocazione dividesi in *leggiera*, *grave*, e *veemente:* la quale assume un carattere di straordinario (1). Codeste qualificazioni diverse della *provocazione*, che nel fôro riescono di tanto effetto sulla sorte degli accusati, praticamente si desumono appunto dalla maggiore o minore entità del male patito dall' uccisore, o a lui mi-

nacciato. Sente ognuno che non hanno uguale scusa colui che uccise per lieve ingiuria, colui che uccise per urto leggiero, e colui che uccise perchè gravi percosse o ferite gli erano state arrecate. Questa distinzione però, che è ragionevolissima quando si guarda sotto il rapporto della condizione soggettiva dell' agente, in quanto più o meno se ne viene a modificare il suo stato psicologico, non vuol essere scambiata nel suo punto di vista: nè guardata sotto il rapporto soltanto del maggiore o minore demerito dell' ucciso: quasichè l' omicidio provocato si scusi unicamente per quella volgare sentenza con cui si rivela la giustizia di questa minorante nella coscienza del popolo *se lo era meritato*. Il criterio presente non tiene alla nuda materialità del danno patito dall' uccisore; non si scusa perchè se ne aumentino i demeriti dell' ucciso, ma perchè naturalmente più grave è il turbamento dell' animo, quando al sentimento di un oltraggio si aggiunge un grave dolore corporeo, che fisicamente commuove il sistema nervoso dell' offeso (2).

(1) Il codice Modenese all' art. 368 distingueva con più larga scala quattro gradi di provocazione. Negli ultimi due gradi distingueva tra provocazione senz' armi, e provocazione armata. Il concetto può forse esser buono. Ma in cotesto articolo evidentemente si confusero le idee dell' eccesso di difesa e della provocazione. Come verrà chiarito (§. 1331 e segg.) a suo luogo.

(2) Dove la giustizia si governa col sistema della giuria è un problema di grande importanza quello relativo a decidere se la ricerca relativa alla provocazione sia questione di *fatto* da proporsi ai giurati o questione di *diritto* da

proporsi alla Corte. La Cassazione di Palermo col suo giudicato del 9 febbrajo 1866 sciolse il problema con una distinzione. Disse che il concorso *in genere* di una provocazione era questione di fatto e doveva stabilirsi dai giurati. Disse che al contrario la determinazione della qualità di *grave*, o *leggiera* nella provocazione era questione di diritto, e doveva decidersi dalla Corte. Probabilmente questa soluzione ha la sua radice nello speciale linguaggio del codice Sardo, il quale all' art. 562 definisce quali siano le circostanze che costituiscono la *gravità* della provocazione. È sembrato che quando la legge si è presa cura di definire quali fatti presentino il carattere giuridico di *provocazione grave*, questa divenga una definizione di *diritto*; e che perciò mentre spetta ai giurati rispondere se quelle circostanze concorrano o no nella loro *materialità*, spetti ai soli giudici del diritto lo attribuire o negare alle circostanze medesime la indole giuridica definita dalla legge. Tale dottrina non sarebbe pertanto spendibile sotto il codice Toscano che niente dicendo intorno alla provocazione ed ai suoi estremi tutto lascia alla prudente apprezzazione del fatto concreto. È ben vero però che tutto questo edifizio della distinzione tra le questioni di diritto e le questioni di fatto nel modo con cui si è voluto costruire nell' ordinamento dato alla giuria Italiana, è tutto fattizio e non mai corrisponde alla verità delle cose. È assai difficile condurre ad una verità reale quello assunto (troppo problematico in sè medesimo e non mai sognato nella Inghilterra) che i giurati debbano conoscere del solo *fatto*, quando a questa parola *fatto* si vuole attribuire un senso tassativo, ed esclusivo di ogni carattere giuridico che la legge apponga ad un fatto: e certamente cotesto assunto non si è realizzato con la nostra legge. Se si volesse esser logici ed obbedienti alla verità, bisognerebbe dire che da capo a fondo i nostri giurati decidono sempre anche *in diritto*, perchè soltanto eccezionalmente si richiamano ad affermare o negare un *puro fatto*, ma quasi sempre vi si aggiunge la ricerca sul *titolo* o sulle conseguenze giuridiche

che nascono dal fatto. La premeditazione stessa, e la legittima difesa chiamano ad esaminare se l' accusato avesse o no deliberato a sangue freddo quello che fece, o se a ciò procedesse nello imminente pericolo della sua salute. Ma se lo avere deliberato precedentemente, o lo essere posto in un pericolo, sono cose in loro stesse di puro fatto è però sempre questione di diritto determinare se quella deliberazione porti lo effetto giuridico della premeditazione, o se da quel pericolo emergano gli estremi giuridici del moderame. La maggior parte dei *titoli* di reato e delle loro aggravanti hanno implicita ed inseparabile la ricerca giuridica: perchè il fatto finchè si descrive *come fatto* rimane un puro *ente di fatto:* ma quando si designa con un nome costitutivo di un titolo di reato, o di un titolo di aggravamento o di scusa (omicidio, assassinio, ingiuria, scasso, falsa chiave, scalamento e simili) diviene, vogliasi o no, un ente giuridico: ed anche la stessa *provocazione in genere* può ella affermarsi senza concepire un giudizio legale? Mio Dio: basta leggere tuttociò che i giuristi hanno scritto in opposto senso intorno allo ammettere o non ammettere certi fatti come sufficienti alla scusa; basta osservare come si siano divisi i legislatori nello attribuire o negare a certi fatti la condizione di provocazione scusante; per comprendere che senza un calcolo legale non si può rispondere se Tizio fu o no provocato, come non si può rispondere se l' offeso era *pubblico ufficiale*, o se fu commesso *falso*, e così via discorrendo. Il metodo che vige adesso fra noi è una continua mentita allo asserto che i giurati nostri decidano il *solo fatto*. Non è qui luogo d' indagare se e come sia possibile di condurre tale assunto ad una verità costante: ma a me sembra certo che tra noi non lo sia. Interrogato da me un giurato dopo il suo verdetto come avesse potuto affermare la premeditazione a carico dello accusato da me difeso, mi rispose che gli era parsa evidente per gli artifizi adoperati dal colpevole dopo la uccisione onde occultare il suo delitto. Questo giurato nello affermare la premeditazione si era egli formato

un concetto materiale, o un concetto giuridico? Il buon senso risponda. La giuria è un sistema nel quale o bisogna avere piena fede, o non accettarlo. Se si accetta con una perpetua diffidenza il metodo non può riuscire che difettoso, e fecondo di casualità pregiudicevoli alla giustizia.

§. 1286.

Ma mentre io accetto che il presente criterio debba esser guardato sotto questo punto di vista, non ammetto però che al *solo dolore fisico* debba restringersi la genesi della scusa. Il codice Francese del 1810 cadde in codesto errore gravissimo, quando all' articolo 321 limitò la provocazione al solo caso di *percosse*, o *violenze gravi*. In tal guisa la legge ebbe riguardo alla sensività carnale più che alla sensività morale, e non richiamò la scusa al suo vero principio che era quello della giusta *perturbazione* dell'animo. Disconoscendo affatto il turbamento al quale un uomo di onore va naturalmente soggetto anche per un grave oltraggio che lo ferisca nella sua morale dignità senza niente ledere il suo corpo, quella legge commise un errore, che era in lei tanto meno perdonabile, in quanto dettava i suoi ordinamenti ad una nazione d' indole generosa, nella quale il sentimento della propria dignità è vivo e palpitante quanto in altra mai fosse. Se nell' uomo di onore una contumelia atroce, pubblicamente lanciata contro di lui, eccita una commozione d' animo più veemente ancora che nol farebbe una spinta od un pugno, o bisogna riconoscere nei congrui casi come ingiusta provocazione

anche la offesa fatta a parole; o bisogna negare codesto cardinale principio, che il fondamento della scusa stia nella commozione dell' animo (e così nella minorata forza morale soggettiva della delinquenza) lochè evidentemente è un errore (1). Meglio fa quella legge che la valutazione del grado della provocazione sotto il rapporto della sua gravità rilascia al prudente arbitrio del giudice; avvegnachè in tal guisa essa faccia appello al sentimento ed alla pubblica opinione, che raramente in siffatta materia s'inganna. Il codice Sardo (art. 562) volle regolata dal testo della legge cotesta distinzione tra provocazione semplice e provocazione *grave;* ed evitò lo errore del codice di Francia ammettendo che potesse riconoscersi come provocazione grave, anche quella consistente in ingiurie atroci: ma finì poscia col dichiarare che cotesta gravità doveva valutarsi dai giudicanti *avuto riguardo alla indole dei fatti, ed alla qualità delle persone provocanti e provocate.* E per tal guisa saviamente si arrese a quella necessità che io notava testè.

(1) In Germania trovarono alcuni giureconsulti difficoltà nello ammettere la provocazione per una semplice ingiuria verbale, e persino per uno schiaffo: vedi Harpprecht *instit.* §. 5, *n.* 171, *et seqq. de publicis judiciis* — Carpzovio *pract. crim. quaest.* 30, *n.* 34 *et seqq.* Per lo schiaffo la ammise lo Strykio *disp. de alapa cap.* 4, *n.* 13 *et seqq.* Ma a sostenere questo assunto fuvvi bisogno che il dott. Franckenau con apposita dissertazione dimostrasse che da uno schiaffo poteva derivarne la cecità, la sordizie, la epilessia, ed altra catena di mali; e per tal guisa la questione fu disviata dal suo principio. La rettificò il Ley-

ser (*specim.* 601, *medit.* 16 *et* 17) riconducendola alla contemplazione del giusto esaltamento dell' animo; e convenientemente dimostrò doversi ammettere la scusa della provocazione anche per semplici ingiurie verbali, notando specialmente che questa regola doveva accettarsi non solo in Italia dove sono caldi gli spiriti, ma anche in Germania, quantunque vi siano più fredde le menti.

§. 1287.

Del resto quando la provocazione si fa risultare da offese al corpo, non è sempre necessaria a costituirla la effettiva loro realizzazione: *Nemo tenetur expectare donec percutiatur*. Anche le violenze personali *imminenti* (prescindendo da qualunque considerazione di difesa) sono giusta causa di *sdegno* (1).

(1) Sotto cento forme influisce nel presente argomento la determinazione del *cardine* da cui procede la scusa, e ne sorgono criterii per risolvere importanti problemi pratici. A modo di esempio, la Corte di Cassazione di Napoli con decreto del 24 marzo 1865 stabilì che la scusa della provocazione deve ammettersi non solo quando il fatto provocatore procedette dallo stesso ucciso, ma ancora quando provenne da alcuno dei suoi compagni: e con ciò giudicò benissimo, e conformemente ai veri principii della scienza. Ma perchè? Evidentemente perchè il cardine della scusa sta nella giusta *perturbazione dell' animo*. Quando io sono stato offeso o aggredito da più persone, e per questa causa i miei spiriti si sono concitati giustamente e ne è nato in me uno stato di perturbazione che precipita le mie determinazioni, nel procedere alla reazione io non sono più in grado di distinguere fra quei più avversarii se la reazione mia colpisce appunto colui che mi offese, ad un suo compagno; e

se coi colpi che vibro alla cieca offendo non il mio offenditore ma il compagno suo, io agisco sempre in condizione scusabile. Ma se invece seguendo un cardine diverso si cercasse con alcuni antichi pubblicisti la ragione della scusa nei *demeriti* dell' ucciso, il compagno che restò vittima *senza suo demerito* non darebbe campo ad alcuna scusa al suo uccisore. Rovesciando la ipotesi si trova analoga soluzione. Quando furono usate violenze da Tizio contro Cajo, ed lo compagno di Cajo uccida Tizio, se il cardine della scusa si cerca nei *demeriti* dell' ucciso, si dirà senza esitazione che egli fu *provocatore*. Ma ravvisato il principio costituente la scusa nella *perturbazione dell' animo* non si potrà più parlare nello esatto linguaggio scientifico di vera *provocazione*, a meno che le offese recate al mio compagno non offrissero la imminenza di altre offese a danno mio. Mancando ciò potrà sempre ricorrere a mio favore una scusa, ma sarà quella del *giusto dolore* tecnicamente distinta dalla provocazione, come tra poco dimostrerò. E portata la scusa sotto questo termine non più basterà dimostrare materialmente che Tizio aveva offeso Cajo: bisognerà di più dimostrare che la offesa recata a Cajo eccitò (o per ragione dell' affetto, o per altre circostanze) una giusta perturbazione nell' animo mio. Questa ricerca sulla comunicazione della provocazione è importantissima e svariata: ma sempre nelle sue diverse forme bisogna risolverla contemplando lo stato dell' animo del giudicabile. Tale ricerca assume più speciale importanza nella ipotesi del complice del parricida. Di questa ipotesi volle recentemente trattare per largo Maisonneuve (*exposé de droit pénal pag.* 107, 109) venendo a delle soluzioni che non tutte persuadono. La formula che egli pone apparisce esatta, quando insegna che la provocazione è una scusa *personale* e non *reale*. Ciò è verissimo e rientra nella dottrina che noi professiamo. Ma bisogna però esser cauti anche questa volta sul significato della parola *personale*. Deve essere *personale* la scusa in quanto per ottenerla io devo dimostrare la commozione *dell' animo*

mio, e non la sola commozione dell'animo di altri. Fin qui va benissimo. Ma la formula diverrebbe sofistica quando s'intendesse che *personali* dovessero essere gli atti provocatori, cioè diretti contro me e non contro altri. Se quantunque diretti contro altri hanno giustamente commosso l'animo mio, la scusa (o chiamisi provocazione o giusto dolore) è sempre *personale in me* e deve ammettersi a mio discarico.

§. 1288.

In ordine al secondo criterio misuratore, quello cioè dell'*intervallo*, facile se ne comprende la ragione; poichè maggiore difficoltà incontra l'uomo a reprimere il subitaneo divampare di una passione: e meno è scusabile se non profitta del tempo per ricondurre alla calma i suoi spiriti, e rialzare nell'animo suo l'impero della ragione.

§. 1289.

In ordine al terzo criterio è a ricordarsi che nel calcolare la *giustizia della causa* deve (come ottimamente prescrive il codice Sardo) aversi riguardo alla *qualità della persona* del provocato (1). Lo che significa che la provocazione vuol essere valutata soggettivamente. E cioè non solo con maggiore larghezza al giovane ed all'uomo di temperamento irascibile, che non al vecchio ed al flemmatico; ma che di più la giustizia della causa non vuol essere ponderata con magistrale esattezza. Purchè la non sia irragionevole del tutto e bestiale, anche la credulità erronea di aver patito un oltraggio, di avere ragione di temere immi-

nenti percosse o danni nella persona, deve nei congrui termini valutarsi. Altrimenti si farebbe l' uomo responsabile della ignoranza del proprio intelletto, o di un errore involontario. Se desto ad un rumore notturno io veggo introdursi nelle mie stanze furtivamente un estraneo, e credendolo un ladro od un assassino, esplodo un' arme contro di lui, non sarò io più scusabile se viene poscia a verificarsi che nè un ladro nè un assassino era colui, ma sibbene l'amante occulto della fantesca che aveva sbagliato di camera (2)?

(1) La regola segnata in lettera dal codice Sardo, che nel valutare la provocazione debba aversi riguardo alla *qualità delle persone*, non esprime già un principio aristocratico, nè s' ispira ad un favore di casta. Codesta regola tiene al criterio fondamentale della scusa che è tutto soggettivo. Non tanto si guarda al demerito maggiore o minore dell' ucciso, ma alle condizioni psicologiche dell' uccisore. Onde essendo certo, che quanto l'uomo più sente la dignità propria, tanto più l' animo suo si perturba per oltraggio che a lui si rechi, la condizione delle persone non ha in sè stessa la ragione dello incremento di scusa; ma essa fa presumere una maggiore perturbazione d' animo, e la maggiore perturbazione d' animo aumenta la energia della scusa. Chi direbbe atroce ingiuria il rinfaccio del suo mestiero contro una pubblica tollerata? Chi direbbe leggiera codesta ingiuria se diretta contro onesta zittella? Trovasi però dai pratici obbedita cotesta regola anche oltremisura. Il Ciazzi a modo di esempio (*diss.* 26 *n.* 11) insegna che il soldato ove uccida chi gli ha dato uno schiaffo non è punibile, e cita Bartolo *in leg.* 1, *num.* 8, *Cod. unde vi*, argomentando dalla *l. justa ff. de manum. vind.* Non è però raro fra gli scrittori trovare spinto l' effetto giuridico della provocazione fino alla scriminazione assoluta dell' omicidio. Vedasi Lauterbach *disp.* 92, *thes.* 55, 57, 59, 61.

(2) Questa proposizione fornì argomento allo illustre Niccolini *(questioni part.* 1, *concl. XVI)* di una bellissima dissertazione. Trattavasi di un pover uomo ferito a morte perchè creduto stregone dal suo vicino, che a lui attribuiva il deperimento del gregge, la sterilità dei suoi campi, e la propria infermità. Lo illustre criminalista sostenne energicamente che la credulità erronea nella jettatura non poteva ammettersi come costitutiva di scusa; e la Corte di Napoli scese nel suo pensiero. Ma se si meditano le considerazioni dell' insigne criminalista, bene si scorge qual influsso esercitasse sull' animo suo l' antipatia contro la troppo estesa credenza nelle jettature, che è propria del popolo napoletano. Quando egli avverte alla Corte dovere i tribunali estirpare il mal seme di un pregiudizio così stolto e pernicioso, e correggerne il popolo, ma non coltivarlo col farne elemento di scusa, egli esce evidentemente dal campo giuridico, e passa a combattere nel campo politico. Deplorabili certamente sono cotesti errori quando hanno larga radice in un popolo: ma pure se tali errori vi sono, e se si coltivano o per ignoranza o per malizia da coloro ai quali è commesso educare le crescenti generazioni, qual colpa hanno i figli se bevvero cotesto errore dalle venerate labbra dei genitori, ed in loro s' incarnò come religiosa credenza? Certamente una disgraziata che per aver forme contorte, e per l' accidentalità di morbi od infortunii sopraggiunti al comparire di lei, è venuta in fama di strega e di jettatrice, non avrà più vita sicura nel suo contado; ed ogni disgrazia che avvenga potrà essere il preludio di un diluvio di bastonate che ingiustamente cadranno sulle sue spalle. Certamente la posizione disastrosa di costei meriterà di esser protetta dalle autorità. Ma da tutto questo potrà egli dedursene che chi seguendo la popolare credenza vide in lei una maligna nemica che gli aveva morto un fratello, o lo aveva reso orbo di un figlio; se al di lei subitaneo ricomparire nella sua casa si turba alla reminiscenza dei mali patiti, si agita alla idea che quella nefasta venga a recar nuovi danni al resto della famiglia, e fieramen-

te la percuote, non dovrà egli a costui ammettersi come scusa lo stato eccezionale della sua coscienza e dell'animo suo? Niccolini e la Corte di Napoli si spaventarono al pensiero che l'oracolo del tribunale proclamasse in quel regno potersi con poca pena manomettere gli jettatori. L'autorità della dottrina eccezionalissima non può far vacillare la teorica generale.

Sotto il punto di vista giuridico la questione si stringe intorno ad un solo principio: cioè se un errore quantunque vincibile che abbia generato la scusa, equivalga alla verità reale della scusa. Niccolini lo negò in quel caso, ma insistendo sul testo speciale del codice Napoletano: egli stesso però lo aveva già riconosciuto (nella *concl. XV, pag.* 130) come principio irrecusabile in faccia alla scienza, e come tale lo riconobbe sul finire della conclusione medesima alla quale alludiamo. Non varia la questione giuridica per le accidentali credenze di un giudice. Se il giudice crede agli streghi, e l'accusato no, la scusa sarà espiscata da costui per un suo fino artifizio col quale vuole sfruttare quella credulità del suo giudice, ma in sè stessa sarà falsa ed inaccettabile. Se invece non vi crede il giudice, ma vi crede l'accusato, il suo stato di animo non cambia per le opinioni di quello. Grande e facile errore è cotesto, di voler sempre giudicare gli altri secondo i pensieri e le abitudini proprie.

§. 1290.

La scusa della provocazione voluta dalla ragione, è oggi ammessa da tutti i codici. Ma quasi tutti le danno abilità costante di degradare la pena *ordinaria* dalla sua *specie*, e di farla discendere agli infimi gradi (1). Solo il codice Toscano del 1853, avaro calcolatore della scusa desunta dalla passione, ammette che l'omicidio anche provocato possa punirsi con la pena

ordinaria dell' omicidio non provocato (così almeno ritiene la giurisprudenza interpetrativa dell'art. 310): e non ammette che mai si eviti la casa di forza nell' infimo di tre anni. Per discendere più abbasso bisogna dar campo ad una finzione iperbolica, e indefinita nei suoi caratteri: bisogna convolare alla idea della perturbazione di spirito, che quasi abbia tolto la libertà di eleggere e la coscienza dei propri atti (art. 64); lo che evidentemente esce dai termini della provocazione, e più non chiede nemmeno i suoi requisiti: poichè le alterazioni dello intelletto non si guardano nella loro *causa*, ma nel loro *modo di azione:* e la ragione della scusa non è più nelle mere condizioni psicologiche, cioè nella pressione sulla volontà, ma nelle psicologiche ed ideologiche.

(1) Il codice Sardo (art. 562) permette che per la grave provocazione la pena dell' omicidio possa discendere fino a sei mesi di carcere. Il codice Francese (art. 321) fino ad un anno di carcere. Il codice Ticinese (art. 253 e 256) fino ad un anno di detenzione. Il codice Napoletano (art. 379) fino alla prigionia di 25 mesi. Il codice di Parma (art. 351) fino a 6 mesi di carcere. Il codice dei Grigioni (art. 91) fino all' infimo grado di prigionia. Il codice Estense del 1815 (tit. 4, art. 2) concedeva al giudice l' arbitrio del carcere. Il nuovo codice Modenese (art. 368, §. 3) permetteva di abbassare la pena fino ad un anno di carcere, anche per la provocazione senz' armi. Il codice Prussiano del 1851 (articolo 177) fino a 2 anni di prigionia. Il codice Vodese (art. 58) ammette la degradazione su larghissima scala, e la spinge fino alla possibile scriminazione. Il codice di Friburgo (art. 58) lascia l' abbassamento all' arbitrio dei giudice. Il codice Ionio (art. 706) permette che per la grave

provocazione la pena possa discendere fino alla casa di correzione da sedici a trentacinque mesi. Il codice Maltese (art. 218) fino alla prigionia da quattro mesi ad un anno. Il codice Portoghese del 1852 (art. 370) fino alla prigione correzionale da uno a tre anni. Il codice di Bolivia (art. 579) alla reclusione da due a sei anni. Il codice Belga del 1867 (art. 414) permette lo abbassamento fino alla carcere per un anno. Il codice Toscano mostrandosi più d'ogni altro rigido in quanto all'omicidio provocato col non ammettere variazione di *specie* nella penalità, desta a ragione sorpresa: perchè siffatta severità forma uno strano contrasto con la dolcezza del codice stesso nella penalità dell' omicidio ordinario.

§. 1291.

Concepita così la vera idea della provocazione, si viene a comprendere la verità di ciò che notammo in principio: vale a dire della differenza che passa tra l' omicidio provocato e l' omicidio in rissa. Quello è un *genere*, questa è una *specie* che allo stesso *genere* appartiene. L' omicidio in rissa è un omicidio provocato, ma non tutti gli omicidii provocati sono omicidii in rissa. Unificando le due nozioni si confonde il genere con la specie, e ci troviamo condotti allo errore di quei codici che ravvisando nella rissa il tipo della provocazione, negarono di riconoscer questa nelle ingiurie per quanto sanguinose ed atroci, e negarono, tranne in casi specialmente definiti, anche la scusa del giusto dolore. Le ingiurie atrocissime e i gravi danni patiti che lo avevano commosso a fortissimo sdegno, non liberano dalla galera a vita l'omicida sotto il codice Francese del 1810. Ripararono a

ciò le riforme del 1832, che autorizzarono i giurati di Francia ad ammettere le circostanze attenuanti anche nei misfatti. Rimedio che non dirò fosse peggiore del male, poichè il male era così grave che non poteva avere peggiore: ma pur non fu buono; perchè sacrificò la scienza allo arbitrio, e rese empirica la giustizia, e confuse in un fascio ciò che teneva al *grado della pena* con ciò che teneva al *grado della imputazione*. Vizio comune al sistema delle circostanze attenuanti, come s' intende anche da altri codici contemporanei. La circostanza attenuante deve avere la sua efficacia nella determinazione della pena, ma non deve confondersi con ciò che minora le forze costitutive del delitto. Con la circostanza attenuante si serve alla misericordia, ai riguardi verso la umanità, o a considerazioni che hanno un carattere politico; col giusto calcolo della degradazione nelle forze criminose si serve alla giustizia. La unificazione dei due calcoli genera una confusione pericolosa, nella quale si smarrisce la scienza, atterrita talvolta quando si fa a ricercare quali furono le circostanze che determinarono i giurati all' attenuanza. La questione del calcolo delle forze criminose tiene ai principii fondamentali della imputazione, e questi non possono consegnarsi allo arbitrio. Vi sono dei principii nei quali bisogna aver fede; e che debbono proclamarsi come assiomi giuridici; perchè tengono ad una verità ontologica (come la minorante del conato) o ad una verità psicologica (come la minorante dell' ira); e coteste verità non possono gettarsi in balìa delle ispirazioni e delle simpatie accidentali dei giudicanti. Ripeto che la scusa

della provocazione non ha il suo principio nei demeriti maggiori o minori della vittima, ma nella maggiore o minore giustizia ed intensità della esaltazione dell' agente. E cotesta esaltazione può essere maggiore per un oltraggio a parole che non per una villana percossa, alla quale l' uomo che sente la sua dignità non si avvilisce a rispondere in altro modo che col disprezzo. Tutti sanno che si stimerebbe viltà chiedere soddisfazione di un pugno che avvilisce chi lo ammena, e si stima invece viltà sottostare ad una parola infamante. L' una e l' altra offesa sono ingiuste ugualmente. E sia che l' una o l' altra accendesse all' ira; se l' ira spinse a ferire l' offensore, il delitto deve avere una scusa perchè minorato nella sua forza morale. Ma ciò si negò da chi confuse l' omicidio provocato con l' omicidio in rissa, perchè il broccardo insegnava — *rixam non jurgia sed ictus faciunt*. Così i nomi hanno spesso fatto le cose. Ora vediamo più da vicino le speciali regole dell' omicidio in rissa.

§. 1292.

La *rissa* vien definita — *una subitanea lotta insorta fra due o più persone per privata cagione*. Dicesi — *subitanea* — per distinguere la rissa dal duello e dalla aggressione. Dicesi — *per cagione privata* — per distinguerla dalla *sedizione*, e da altri delitti che assumono un colore politico. Nella rissa importa cercarne l' *autore*: e qui ripeterò col Carmignani che l' *autore* della *rissa* non è *qui prior conviciis et probris adversarium lacessiverit, sed qui prior vel*

cultrum strinxit vel pugnos duxit (1). La regola severa portava che all' *autore* della rissa non dovesse mai accordarsi la scusa della provocazione Questa (se bene si avverta) non era che la esplicazione della idea che ravvisa la scusa della provocazione nelle sole percosse. Quello che per il primo aveva percosso era il provocatore non il provocato: e non poteva far valere a sua scusa quella rissa che egli aveva cominciato, quantunque l' uccisore avesse con parole eccitato lo sdegno suo. Ma poichè si venne a riflettere, che anche altri atti offensivi ed ingiusti erano pure giusta causa di sdegno, quella regola severa ebbe la sua limitazione. Si distinse fra *autore* della rissa, ed *eccitatore* della rissa: e si ammise alternamente la scusa della provocazione ora per ragione dello *eccitamento*, se l' ucciso era l' *eccitatore* della rissa: ora per le *violenze*, se l' ucciso era l' *autore* della rissa (2). Il Boehmero ad Carpzovium *(pars 1, quaest.* 29, *obs.* 3) espresse ciò distinguendo fra *autore della pugna* (percussore) e *autore della rissa* (eccitatore). Poscia sulle orme del medesimo la benignità pratica divise la rissa in due momenti quasi due atti del dramma. E se nella seconda rissa era stato uccisore l'autore della prima, ma alla sua volta aggredito nella seconda, non si curò che nella prima egli fosse stato l' autore: si disse che la rissa aveva *degenerato:* che erano due stadii di azione distinti e che nel secondo stadio, nel quale era avvenuto l' omicidio, l' uccisore era provocato. Diceva Giavoleno alla *leg.* 202 *ff. de regulis juris — omnis definitio in jure periculosa est —*: e con la parola *definitio*

(come bene avvertiva un mio collega) non volle già esprimere ciò che oggi s'intende per *definizione*, ma bensì *regola generale*. E se *in jure* è pericoloso sempre lo stabilire delle regole generali, io credo che in sommo grado lo sia il costringere in certi dommi la teorica della provocazione: la quale subisce lo influsso di cento circostanze di fatto, ponderabili solo dalla prudenza del giudicante. La sola regola generale che può dettare la scienza ella è questa: che quando si uccise per un *impeto* eccitato da un atto *ingiusto*, che si dimostra avere esercitato pressione sull'animo del giudicabile e precipitato la risoluzione criminosa, il delitto è minorato nella *forza morale soggettiva*, perchè le leggi non possono dettarsi pei soli stoici.

(1) Non tutti i pratici però convengono in questa definizione che dà il Carmignani dell' *autore della rissa*. La distinzione fra *autore* ed *eccitatore* della rissa prevalse nella pratica più moderna, ed in specie nella giurisprudenza toscana nata sulla legge del 1786. Molti fra gli antichi dicevano *autor della rissa* anche chi l' aveva con sole ingiurie suscitata: Ciazzi *dissertat.* 15, *n.* 1 — *auctor rixae qui facto vel verbis ad pugnam concitat* — *l.* 1, §. *cum arietes ff. Si quadrup. paup. fecit* — Baldo *in leg.* 1, *C. unde vi* — Grammatico *decis.* 37, *n.* 5 — Ludovico *decis. lucens. pars* 1, *decis.* 16, *n.* 5 — Farinaccio *cons.* 6, *n.* 24 *et seqq. cons.* 4, *n.* 1. Speciale trattazione di questo argomento ne lasciò il Bergero nella sua dissertazione *de auctore rixae dissertat.* 27.

(2) Il codice Toscano (art. 310, §. 2) sembra aver voluto riprodurre la rigida teoria dell' *autore della rissa*, e forse anche rincararla, ponendo come condizione alla scusa — ivi — *che l' uccisore non avesse dato alcun moti-*

vo ragionevole all' ucciso di provocarlo. Quella frase *motivo ragionevole* è assai elastica. Ma la pratica dei nostri tribunali la venne interpetrando con quella benignità che d'altronde è consentanea allo stretto significato della parola: perchè a tutto rigore non vi sarebbe motivo *ragionevole* di violare la legge. Cosicchè se io sorprendo alcuno nei miei campi in atto di cogliermi un frutto, e mi do a bastonarlo; e quegli salito in collera mi uccide; non potrà dirsi che egli non sia provocato, perchè non può affermarsi che egli col cogliere quel frutto mi avesse dato motivo ragionevole di bastonarlo. Sicchè la formula *motivo ragionevole* non pare a me debba intendersi in un *senso assoluto*, quasichè qualsiasi lieve imprudenza dell'uccisore che abbia attirato sopra di lui una grave provocazione, lo privi senza più di ogni speranza di scusa. Bisogna intenderla piuttosto in un senso *relativo*. In una parola bisogna guardare se gli atti offensivi dai quali vuol farsi emergere la provocazione, erano giusti od ingiusti. Male in queste materie si cerca di dettare regole positive a tavolino. Tutto dipende dalle circostanze che debbono valutarsi dalla prudenza del giudice.

§. 1293.

Perchè possano usarsi esattamente i termini di rissa, ed omicidio in rissa, è egli necessario che i colpi e le violenze si siano reciprocate? In termini generali sembra doversi rispondere affermativamente. La rissa è definita una *lotta*, fra due o più persone, e la lotta *(colluctatio)* non può configurarsi nel caso che da uno o più si percuota chi sta fermo, e perchè impassibile o debole non resiste. Questa, a rigor di termini, sarà un' aggressione di due o di più contro di uno; ma non potrà dirsi *rissa* perchè siano parec-

chi a percuotere un solo, se questi non reagisce e non lotta cercando alla sua volta di offendere gli aggressori. Potrà anche l' aggressione nei congrui termini dirsi provocata, se l' aggredito le aveva dato ingiustamente per sua parte motivo. Ma non si potrà dire *rissa*. Ciò sembra evidente e chiaro in faccia alla pura tecnologia. Ma non ostante vi sono dei casi nei quali la parola *rissa* trovasi impropriata, ed applicata anche alla ipotesi di parecchi percussori senza reazione per parte del percosso, come esporrò al §. 1311.

§. 1294.

Ma qui mi occorre tornare su ciò che in principio annunziai, vale a dire che l' *omicidio in rissa* e l' *omicidio provocato* non sono figure identiche. Adesso che li abbiamo più da vicino conosciuti ambedue, si comprende come differiscano l' uno dall' altro. La *provocazione* presuppone un atto violento, od almeno offensivo ed ingiusto, per parte dello ucciso contro l' uccisore; per il quale atto siasi questi concitato allo sdegno ed abbia reagito: ma non esige la perseveranza della violenza, nè la immediata e istantanea retorsione dei colpi. La *rissa* al contrario per natura sua presuppone la perseveranza di atti violenti per parte dell' ucciso, in presenza dei quali sorga contemporanea la reazione. Di qui due notabilissime differenziali che tengono ben altro che al mero nome. La prima è che la *provocazione* deve sempre ammettersi come scusa (salvo a graduarne la efficacia) ancorchè siavi breve intervallo di tempo tra la violenza

patita e la reazione micidiale; purchè possa ragionevolmente ritenersi che questa abbia avuto il suo fomite nello sdegno perturbatore eccitato da quello. La *rissa* al contrario non può invocarsi dopo un intervallo. Abbiano per quanto si vuole rissato tra loro l' uccisore e l' ucciso, e siansi pure avvicendati colpi e ferite; se la lotta cessò, e quando l' uno aveva desistito dalla medesima fu dall' altro inseguito mentre si allontanava, si potrà ben dire che l' omicidio commesso in cotesta insecuzione fu *provocato;* si potrà dire che avvenne *per conseguenza del risentimento* cagionato dalla rissa, ma non potrà dirsi davvero che avvenne *in rissa.*

§. 1295.

La seconda differenziale si ravvisa nella configurazione del *dolo.* La *provocazione* ammettendo un intervallo tra la violenza patita e la reazione micidiale, si può prestare benissimo anche al *dolo determinato,* e così può aversi un omicidio *volontario provocato:* perchè non repugna che al seguito di grave offesa fattami sceso io nel proposito immediato di vendicarmi, diriga la mia volontà esplicitamente alla morte del nemico. Pongasi (a modo di esempio) che io abbia gettato l' arme che aveva, per procurarmene una più micidiale: pongasi che per chiari segni abbia mostrato non appagarmi di un nocumento qualunque contro il nemico, ma di volerlo spento. Se ciò ho fatto nello stato di concitamento che in me suscitarono le ingiuste offese patite, e senza che siavi stato agio alla calma ed

alla riflessione, potrà benissimo ritenersi che quella morte che io cagionai è il determinato fine al quale io volgeva la opera mia, e dovrò pur nonostante essere ammesso alla scusa della provocazione. Nell' omicidio *in rissa* invece è difficilissimo che possa configurarsi un dolo *determinato* all' omicidio: appunto perchè la istantaneità e il calore della rissa, e la presenza di una lotta attuale intorbida la percezione, e confonde per guisa il disegno di *resistere* col disegno di *offendere*, il disegno di ferire col disegno di uccidere, che il giudice coscienzioso, dove sia avvenuto omicidio, dovrà sempre riferire questo quasi sempre al dolo *indeterminato*.

§. 1296.

Da queste differenziali nei caratteri costitutivi delle due figure che esaminiamo, ne sorgono due ulteriori divarii nelle conseguenze. Il primo divario s' incontra apertissimo quando non si abbia una uccisione effettuata, ma una lesione personale a cui voglia attribuirsi il carattere di omicidio tentato o mancato. Anche ammesso che possa in casi eccezionali e rarissimi per aperte manifestazioni della intenzione omicida, ritenersi il titolo di *tentato omicidio* anche a carico di un feritore provocato; ciò per opinione nostra non potrà ammettersi mai nella lesione arrecata *in rissa*, nella quale è presunzione intollerabile che il giudice impresti al corrissante un determinato disegno, indirizzato piuttosto alla morte che non avvenne, anzichè alle sole ferite che realmente si procacciarono. Nella rissa non si pensa se si ucciderà o si ferirà soltanto con i colpi

che si restituiscono e si avvicendano tra i colluttanti. Si agisce ciecamente per respingere e per restituire le offese: il fatto esce dal dominio della volontà per entrare nel dominio del caso. Se la morte avvenne si avrà l'omicidio con dolo indeterminato, ma se non avvenne, la imputazione si dovrà giudicare dallo evento. Altrimenti il titolo di *lesione* scomparirebbe sempre da tutte le lesioni in rissa prodotte con armi, per far sempre luogo al titolo di tentato omicidio; perchè in tutte le lesioni con armi si trova la potenza di recar morte, e così lo elemento materiale del tentato omicidio. Ma lo elemento intenzionale indispensabile a completare questa nozione non può mai dimostrarsi precisamente diretto alla morte, quando si agiva nel calore di una lotta che altro non comporta tranne un dolo *indeterminato. Dolus indeterminatus determinatur ab eventu.*

§. 1297.

Il secondo divario consequenziale sembraci questo, che nel moderare la penalità deve usarsi larghezza maggiore nel vero omicidio *in rissa*, di quello non si usi nell'omicidio *provocato:* cioè che la *provocazione* risultante dalla concomitanza della vera *rissa* (reciprocanza di colpi) deve rappresentare il massimo grado della scusa; sia appunto per la incertezza del volere micidiale, sia per la presenza irrecusabile di un proprio pericolo.

§. 1298.

E quest' ultima differenziale che io noto, è tanto vera che non mancano illustri autori i quali abbiano spinto le cose a tal segno da sostenere ed insegnare doversi l' omicidio avvenuto *in rissa* punire soltanto come *colposo* e non più. Il dottissimo Giuliani *(vol. 2, pag.* 296, 297, *e* 302 *e segg.)* abbraccia fervorosamente cotesta dottrina, e sostiene che l' omicidio *in rissa* si ebbe come *colposo* dalle leggi romane; si deve avere come *colposo* pei principii della scienza; ed è ritenuto come *colposo* da alcune legislazioni contemporanee. Ma poichè noi dissentiamo dallo illustre autore su queste tre proposizioni, così la deferenza sincera che noi professiamo a tanto giureconsulto, richiede che alcun poco dimoriamo in dare ragione del nostro dissenso.

§. 1299.

Sedotto il Giuliani dalla autorità rispettabilissima di alcuni giureconsulti olandesi (Voet *ad pandectas tit.* 9, *tit.* 2, *n.* 27: e Noodt *ad leg. Aquiliam lib. singul. cap.* 4, *in fine)* sostiene che le leggi romane ebbero l' omicidio *in rissa* come *colposo*. Per due vie egli muove alla dimostrazione di tale assunto. In primo luogo osserva che nella legge Numana e Cornelia non cadeva l' omicidio *nisi consulto factum*. E ciò vuolsi ammettere. Ma per questo perchè l' omicidio in rissa non si volesse punito di morte, non veg-

giamo come ne scenda necessaria la conseguenza di dichiararlo esente da dolo. E se vuolsi sostenere che dai romani si appellasse *dolo* soltanto il dolo di proposito, la questione allora non diviene che di parole, per noi che riconosciamo la possibilità del dolo nei fatti d' impeto, applicando la distinzione ignota ai romani, e non assai valutata a questo luogo dallo stesso Giuliani, del *dolo determinato* e *dolo indeterminato.* Nè con ciò (come altrove notammo) diciamo col Carmignani che *dolo d' impeto* e *dolo indeterminato* sono identica cosa; ma diciamo che il *dolo d' impeto* differisce dal *dolo di proposito* nel *grado* e nella *specie:* nel *grado* perchè presenta una minore forza di malvagia volontà pel minorato arbitrio nella determinazione; nella *specie*, perchè il dolo d' impeto sarà il più delle volte indeterminato, quantunque non ogni dolo indeterminato sia dolo d' impeto.

§. 1300.

L' altra via per la quale l' insigne professore calcando le orme del Noodt si fa a dimostrare la sua prima proposizione, è l' analisi di due celebri frammenti, cioè della *leg. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicariis*, e della *leg. 52 ff. ad leg. Aquiliam.* Merita di essere veduta l'analisi che esso fa di cotesti testi; poichè dalla medesima sembra a noi risultare la insussistenza dello assunto insegnato dal Noodt *probabilium juris lib. 4, cap. 7, n. 5.* Infatti ebbe questi prima di tutto bisogno di fare una correzione nella legge 1 §. 3 *ff. ad leg. Cornel. de sicariis,* sostituendo alle parole — *quamvis ferro*

percusserit — le altre — *aut ferro in rixu, quamvis percusserit.* Ora coteste variazioni di testo, alle quali troppi interpreti si mostrarono soverchiamente corrivi, non vogliono essere accettate, tranne sotto l'imperio di un'assoluta inconciliabilità di frammento con frammento, o di una assoluta inesplicabilità di un responso. E tale necessità non ricorre per certo nel caso in questione; poichè altra non sa allegarsene tranne quella sveltissima, ma poco persuadente, della inverosimiglianza che si trovasse ragione di seria disputa nell'accidentalità della *materia* con cui si era percosso; dubitando che mentre si accettava la tesi della involontarietà, quando si era percosso con un bastone perchè era di legno, si impugnasse cotesta tesi se si era percosso con una chiave, perchè era di ferro. Ma in verità io non ammetto che debba considerarsi come frivolo cotesto dubbio, che poteva nascer benissimo in faccia ad una legge antecedente della quale non conosciamo la lettera. D'altronde è così chiaro e spontaneo il concetto del dubbio propostosi dal giureconsulto da non permettere cavillazione; tutto il contesto del frammento mostrando, che il dubbio appunto nasceva dall' aver percosso con istrumento di *ferro*, anzichè di altra materia. E cotesto concetto, anzichè contradirsi, si mostra anche più aperto se alle parole di Marciano si congiungano quelle di Ulpiano nel *tit.* 1 *collationis legum mosaicarum et romanarum.* Ivi con la formula — *e re itaque constituendum est* ex quo ferro *percussit* — (formula che nettamente esprime la questione che si propone) mostra evidente che il dubbio nasceva solo dall'aver percosso *con*

materia ferrea; e che i giureconsulti lo risolvevano dicendo doversi indagare *con qual sorta di ferro* si era percosso: *si cum gladio aut telo* risultarne la volontà di uccidere; *si cum clavi* (che io intendo *chiave* (1) e non *clava) aut cucuma*, non doversi ritenere. Oltre di che sarebbe insolito nello stesso linguaggio dei giureconsulti, che si volesse nella seconda parte di quel frammento designare la *spada* con la parola *ferro*, quando noi vediamo costantemente designarsi la spada e il pugnale con le parole *gladium* e *telum*. Laonde la ragione di risolvere il quesito propostosi in quel frammento dal giureconsulto non sta già nella rissa o non rissa, ma nella *natura dello strumento*. Questa è la condizione che, in qualsivoglia modo si intenda, il giureconsulto segna come criterio determinante il confine tra il dolo e la colpa. Cosicchè da cotesto frammento può dedursene la conseguenza, che i romani non conoscessero la distinzione tra omicidio *preterintenzionale* e omicidio *colposo:* e noi ammettiamo cotesta conseguenza, riconoscendo che l' omicidio *preterintenzionale* annoverato dalla scienza moderna tra gli omicidii *dolosi*, dai romani si riponeva fra gli omicidii *colposi*. Ma l' altra conseguenza, che tutti indistintamente gli omicidii in rissa (quantunque commessi con arme propria) dai romani si tenessero come *colposi*, non si costruisce davvero su cotesto frammento.

(1) Sull' uso delle chiavi già invalso presso i romani, e sulla loro origine vedasi la nota al §. 2172.

§. 1301.

Nè a tale assunto offre migliore appoggio l'altro frammento, che dal Giuliani si invoca; cioè dalla *leg.* 52 *dig. ad leg. Aquiliam:* nel quale la questione unicamente si guarda sotto il rapporto della civile responsabilità. Si pone in quel frammento la ipotesi di un taverniere, che inseguendo un ladro dal quale erasi involata una sua lucerna, e fermandolo per ricuperarla, era venuto a lotta con lui, e gli aveva cavato un occhio. E si domanda se quel taverniere era o no responsabile di danno *injuria datum.* È evidente che lo stesso quesito presuppone per necessità che l' occhio fosse cavato per un risultamento accidentale della lotta, e senza volontà diretta a cotesto fine: nei quali termini il quesito stesso già presuppone l' assenza del dolo, com' è chiarissimo da quella clausula, *nisi data opera effodisset oculum*, che è quanto dire se gli avvenne di cavarlo per mera disavvertenza. E suppone invece il semplice concorso di un' imprudenza nel taverniere, che lottando per ricuperare la sua lucerna non guardò i modi nelle violenze. Il giureconsulto Alfeno risponde, che se il taverniere non era stato menomamente percosso dal ladro, si deve tener responsabile in ragione della sua colpa. Ma se invece il ladro lo aveva per il primo percosso col bastone, la colpa precedente di questo esonerava il taverniere da ogni responsabilità per l' occhio cavato. Che se sulla parola *culpa* usata in cotesto frammento volesse rabbinicamente insistersi, se ne potrebbe rilevare che un ladro

percotendo il padrone il quale lo insegue per recuperare la roba, è reo di bastonate colpose e non dolose. Ma il giureconsulto niente affatto qui guardò il dolo e il non dolo, del quale, come ho già notato, avea presupposto l'assenza come condizione del quesito. Egli unicamente intese a stabilire la teorica della *compensazione delle colpe*. E per cotesta teorica (della quale in altri luoghi e con altri fondamenti ho mostrato la verità) quel frammento è bellissimo. Ora per cotesta teorica lo essere il ladro in colpa od in dolo non induceva varietà di conseguenze. Laonde al giureconsulto bastò di trovare il ladro rimproverabile perchè primo a percuotere, per decidere che cessava ogni responsabilita del taverniere, essendochè la sua disavvertenza (*nisi data opera effodisset*) veniva a compensarsi con l'atto ingiurioso del ladro. Che in cotesta fattispecie il taverniere non fosse responsabile di acciecamento doloso lo risponderemmo anche noi, e lo risponderebbe senza fallo anche la nostra giurisprudenza perchè il taverniere non agiva con animo di offendere l'altrui persona ma di ricuperare la cosa sua. Ma non per questo ammetteremmo che, per aver risposto così in quella fattispecie, noi e la nostra giurisprudenza abbiamo deciso che *tutti* i fatti rissosi siano colposi. La *rissa* in conclusione può essere una circostanza che in certe date condizioni faccia argomentare la colpa, o la preterintenzionalità, piuttosto che il dolo; ma non è il criterio costante di quella.

§. 1302.

La seconda proposizione che affermasi da Giuliani si è che per i principii della scienza l'omicidio in rissa si deve ritenere come colposo anche riguardo a colui che ne sia indubitatamente riconosciuto autore. E qui davvero sta il nodo della questione. Avvegnachè non col mero rispetto alla autorità degli antichi (1), qualunque ne fosse il più vero concetto, ma con le deduzioni logiche dei principii, vogliono essere risoluti i problemi fra i quali si agita la scienza penale. Ora qual è l'argomento scientifico per cui Giuliani con altri sostennero che l'omicidio *in rissa* dovesse punirsi come colposo? Unicamente questa osservazione, che noi pienamente concordiamo come verissima, cioè che l'uomo quando agita furibondo il coltello contro i suoi avversarii nel calore di una mischia non prevede distintamente le conseguenze dei colpi che vibra, e non vuole esplicitamente piuttosto uccidere che ferire: ma intende soltanto a rendere colpi per colpi, ed a sfogare una cieca rabbia, recando al nemico un male qualunque; indifferente però (perchè ei non l'avverte nel turbamento dell'ira) alla quantità maggiore o minore del male che reca. E noi accettiamo cotesta osservazione come verissima, e per logica deduzione della medesima sosteniamo inaccettabile in tale configurazione il concetto dell'omicidio tentato o mancato, quando la morte non ne seguì. Ma quando gli atti posti in essere col fine di nuocere, che è quanto dire con la intenzione di fare atti che si co-

noscono contrarii alla legge, furono causa di morte; in cotesti atti non può non ravvisarsi il dolo, che sta appunto nella intenzione di far quello che la coscienza rivela contrario alla legge. E tostochè l'azione viene ad essere investita dal dolo, questo prosegue ad informarla in tutto il suo corso. Laonde o si ritiene che il feritore *prevedesse* attualmente che dalla lesione che andava a recare potesse conseguire la morte, sebbene a questa precisamente non intendesse; ed allora si avrà un omicidio con dolo indeterminato chè è ben distinto dal colposo: oppure si ritiene che il feritore *non prevedesse* la conseguenza letale, ma *potesse* però *prevederla* come conseguenza possibile del suo operato; ed allora si ha l'omicidio *preterintenzionale* che è pur sempre fra i dolosi. Cosicchè alla forma dell'omicidio puramente colposo non potrebbe venirsi tranne quando si accertasse in fatto che il feritore non solo *non previde* ma neppure *potè prevedere come possibile* che dai suoi colpi fosse per conseguirne la morte. E questa imprevedibilità eccezionale sarebbe la unica rarissima ipotesi in cui potesse parlarsi di mera colpa, perchè si avrebbe il *caso fortuito* incidente nell'atto pravo. La colpa ha per regola generale il suo criterio in una intenzione innocente che fu causa di atto nocevole non previsto ma prevedibile dallo agente. Dove fu intenzione prava non è più mera colpa tranne per simiglianza, quando manchi ogni prevedibilità possibile dello evento occasionato; ossia nella ipotesi di chi versando in cosa illecita si renda responsabile anche del *caso fortuito*. Stringendo dunque la ricerca in una completa analisi delle differenti ipotesi che si possono fare, ab-

biamo questi risultamenti — 1.° Supponete che chi uccise in rissa avesse *intenzione diretta* alla morte, e supponete possibile il riconoscimento di questa intenzione? Ebbene qui non solo vi è dolo, ma veramente *dolo determinato* — 2.° Supponete che lo uccisore in rissa (in cui non ritenete possibile il *dolo determinato)* agisse con *attuale previsione* dello evento letale senza precisamente volerlo? Ebbene: avrete il *dolo indeterminato*, ma è sempre *dolo* — 3.° Supponete che lo uccisore in rissa non *volesse* nè *prevedesse* la morte altrui, ma *potesse* peraltro prevederla? Ebbene: voi avete l'omicidio *preterintenzionale* in cui vi è dolo in quanto al ferire, e colpa in quanto allo uccidere, e che perciò dalla scienza si novera fra i *dolosi* (§. 1101) giusta la regola della colpa informata da *dolo* — 4.° Finalmente supponete che colui non *volesse*, non *prevedesse*, e neppure *potesse prevedere* la morte? Ebbene in questa ipotesi la morte a causa della sua imprevedibilità assume il carattere di *caso fortuito:* ne rimarrà responsabile lo agente perchè versava in cosa illecita; ma il titolo io penso che dovrà esser quello di ferimento anzichè di omicidio, e sarà sempre ferimento *doloso.* Ma quando pure in questa ultima ipotesi (sulla definizione della quale tanto conflitto è nato recentemente fra la nostra Corte Suprema e le Corti inferiori) vogliate anzichè accettare il titolo di *ferimento* mantenere il titolo di *omicidio*, e dichiararlo omicidio colposo; questa unica configurazione meno frequente, ed eccezionale non vi autorizza (perchè trovate possibile un caso di omicidio colposo

in rissa) a dire che *tutti* gli omicidi in rissa sono *sempre* colposi.

(1) È vero che molti criminalisti ebbero il vezzo di ripetere quella sentenza di Platone (*de legibus dial.* 9) che gli atti dell' uomo acciecato dall' ira disse doversi assimilare agli *involontarii*. Ma questa sentenza che è iperbolica nell' ira ordinaria, e che solo può ammettersi quando essa degeneri in un vero furore, a niente approda per l'intento della questione presente: poichè la configurazione dell' ira non cade soltanto nella ipotesi della *rissa*. Essa può sorgere anche più fiera per gelosia, o per altre cagioni. Sicchè quando pure si ammettesse che un' ira suprema fosse esclusiva del dolo, la regola della *colpa* applicata agli omicidii in rissa sarebbe sempre falsa perchè incompleta. Ma dovrebbe porsi con la formula generale di Saturnino alla *leg.* 16 §. 8, *ff de poenis*. Il dolo scomparirebbe per una esaltazione frenetica dell' animo; non per la sola materialità della rissa, la quale non è il sintoma costante di quella. Ma la parificazione dell' ira alla colpa non è accettabile come regola; altrimenti poche sarebbero le ingiurie, le bestemmie, ed i ferimenti che rimanessero dolosi. L' azione dell' iroso non è *consulto facta*, cioè non è preceduta da riflessione. Ma non per questo può dirsi che sia sempre *inconsulto facta* nel senso che *inconsulto* esprima semplice *trascuranza* e *imprudenza*.

§. 1303.

Niente poi vale a confortare la tesi della colpa, nè a far dimostrata la terza proposizione sostenuta dal Giuliani (che cioè alcuni codici contemporanei abbiano dato sanzione alla medesima) l' argomento che egli desume dalla penalità. Certamente l' omicidio in

rissa, come informato sempre da dolo indeterminato, dovrà esser punito meno dello omicidio, che in senso proprio dicesi *volontario*, cioè consumato con intenzione positivamente diretta alla strage. Ma come questo omicidio volontario, sebbene possa dirsi *consulto factum*, rimane sempre differente dall' omicidio premeditato per la mancanza dell' intervallo e dei lunghi preparativi; così l' omicidio in rissa informato da dolo indeterminato rimane sempre distinto per una parte dall' omicidio *volontario*, e per l' altra dall' omicidio *colposo*: onde si ha bene ragione di punirlo meno, senza che perciò esso si denaturi. Certamente questa minor punizione scenderà all' infimo quando ricorrono i termini di una provocazione gravissima; ma non già perchè si cangi la *natura* della imputazione imputando il fatto non più come doloso, ma come colposo: bensì perchè la imputazione (rimasta sempre nella sua indole primitiva di imputazione come dolo) si degrada fino agli estremi per la minorata forza morale soggettiva della delinquenza. E se avviene che per virtù di cotesta degradazione in qualche codice si incontri una pena tanto discesa al basso da trovarsi uguale a quella minacciata contro gli omicidii commessi per massima imprudenza, ciò non è argomento che valga a concluderne che il legislatore abbia voluto unificare le due distinte figure. Per dare valore a cotesto argomento bisognerebbe ammettere una proposizione la quale è tutt' altro che vera. Bisognerebbe poter dire che la identificazione della pena non possa farsi dal legislatore senza identificazione di titolo. Ecco la proposizione falsa nella quale sta il vizio del contrario ragiona-

mento. Ed è falsa, perchè non vi è principio assoluto che vieti al legislatore di ravvisare un fatto doloso accompagnato da veementissime circostanze minoranti come meritevole di pena inferiore a quella di cui ravvisi degno un fatto colposo denudato da particolari cagioni di scusa. In una parola perchè l'argomento fosse saldo, bisognerebbe che il legislatore avesse posto come principio fondamentale del suo codice, che i fatti dolosi debbano essere sempre puniti di pena di alto criminale; e soltanto i fatti colposi debbano incontrare una pena correzionale. Allora sì che potrebbe dirsi, poichè il codice Gregoriano autorizza a discendere contro l'omicidio in rissa alle infime pene correzionali, bisogna argomentarne che cotesto codice abbia fatto omaggio alla dottrina per cui l'omicidio in rissa vuolsi considerare come unicamente colposo. Ma siffatto postulato non ci vien pôrto, nè dal codice Gregoriano nè da tanti altri codici, nei quali potrebbe ripetersi la stessa argomentazione; ed anzi ad ogni pagina incontriamo casi di delitti evidentemente dolosi che si reprimono con infime pene. Dunque l'argomento non ha valore nessuno. Concludo pertanto malgrado la mia grande reverenza allo illustre maestro, che l'omicidio in rissa dee per regola considerarsi come informato da dolo indeterminato: che cotesto omicidio quando presenti i termini di veemente provocazione deve colpirsi con infime pene: ammetto che coteste penalità possano eventualmente discendere anche al di sotto di quelle segnate per gli omicidii preterintenzionali, ed anche per gli omicidii colposi: ma non con-

cordo che la sua nozione presenti i caratteri del vero omicidio colposo.

§. 1304.

In proposito dell' omicidio in rissa dove alcuno sia stato ucciso per più colpi di diversa natura, o per un solo del quale s' ignori la mano che ne fu causa, sorge la importante teorica *della incertezza dell' autore.* La regola in questo caso sarebbe quella dettata da Paolo alla *leg. ultima ff. ad legem Corneliam de sicariis — si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscuiusque in hoc collectorum contemplari oportet.* Non evvi complicità nella rissa. Ciascuno risponde dei proprii colpi. E se non riesce scuoprire chi fu l' uccisore, nessuno è tenuto *de occiso.* Le leggi del reame di Francia e di altre nazioni aderiscono strettamente a questa regola.

§. 1305.

Ma la pratica (1) trovò repugnanza a rimandare affatto impuniti i partecipi di una rissa che aveva dato il risultato di un omicidio. E togliendo argomento dalla legge *item Mela §. sed si plures ff. ad legem Aquiliam* (la quale per altro non parlava che di refezione di danni) ravvisò una *colpa comune* in tutti i corrissanti, i quali col fatto illecito del corrissare erano stati causa, se non tutti immediatamente, mediatamente almeno della strage di un uomo. E su questo fondamento avvisò che quando di un omicidio verificatosi in una rissa non si fosse scoperto il preciso autore,

tutti fossero di quell' omicidio responsabili come conseguenza del loro rissare; e tutti si punissero con pena *straordinaria* sempre mite, e del genere delle inferiori. Non era che con ciò si applicasse la sentenza del poeta, *purchè il reo non si salvi, il giusto pera.* Si puniva il *fatto del rissare* come *fatto pravo;* e si usava maggiore severità per la gravezza del *risultato;* onde contro l' *autore* della rissa s' infliggeva maggiore castigo.

(1) Fuvvi chi sostenne che quando in una rissa era avvenuto omicidio senza che se ne conoscesse l' autore, doveva punirsi di morte l' autore della rissa: Berlichio *pract. concl. pars* 4, *concl.* 11, *n.* 56 *et ibi cit.* E cotesta dottrina appoggiavasi sui consueti broccardi che tanto è recar morte, tanto dar causa alla morte; che chi dà opera a cosa illecita è tenuto per ogni conseguenza; ed altri simili luoghi comuni che tanto spesso fecero strada a funestissimi errori. Anche lo stesso Carpzovio confutò per altro (*quaest.* 25, *n.* 51) cotesta opinione. Ma anche qui giovi avvertire che Carpzovio fece ossequio all'autorità ed agli argomenti del Claro §. *homicidium n.* 39.

La pratica di punire *straordinariamente* tutti coloro che intervennero ad una rissa accompagnata da omicidio, l' autore del quale è sconosciuto, si trovava già adottata generalmente in Italia: Jacobo de Belloviso *in pract. crim. tit. de quaestionibus n.* 232 *et seqq.* — Gandino *de maleficiis tit. de poenis reorum n.* 31 *; et tit. de homicidiariis, n.* 12 *et* 13 — Marsilio *sing.* 217 — Thesauro *decis. pedemont. decis.* 31, *n.* 5 — Giurba *cons. decis.* 2, *n.* 5 — Caballo *resolut. crim. cas.* 192, *n.* 12 — Farinaccio *quaest.* 96, *n.* 14 — Bossio *de homicidio n.* 26 — Menochio *de arbitrariis cas.* 362; *n.* 19. Trovasi accolta da tre secoli addietro anche in Francia: Rous-

seaud de la Combe *Matières criminelles pag.* 86 — Serpillon 2, 319: e in Spagna: Covarruvias *ad Clem. V de homicidio* §. 2, *n.* 5 — Mattheu et Sanz *de re criminali contr.* 20, *n.* 6 — Gomez *var. resol. lib.* 3, *cap.* 3, *n.* 36, *vers. quarta conclusio.* Anche in Germania si argomentò cotesta pratica dall' art. 148 della Carolina: Carpzovio *loc. cit. n.* 52 — Harpreccht *decis. crimin. n.* 103, *dec.* 106, *n.* 156 *et seqq. pag.* 937 *et in* §. 5, *Inst. de publ. judic.* — Bergero *electa juris crim. pars* 1, *pag.* 108: ove per altro ricorda essersi talvolta sostenuta la pratica di condannare tutti a morte i corrissanti; ed avere il Berlichio chiamata *aurea* cotesta pratica, perchè la gran mercè della medesima s' inducevano i corrissanti a svelare l' autore dell' omicidio. Ma l' art. 148 della Carolina rinviava questo caso al consulto delle facoltà giuridiche, onde prevalse la regola della pena straordinaria. La insegna il Richter (*pag.* 804, *verso secundus casus*) e cita Decio *in l. favorabiliores* 125 *in VI de regulis juris.* La insegnò Tiraquello (*de poenis temperandis caus.* 63) quantunque sotto la disadatta formula di circostanza mitigante la pena. Non è che si mitighi la pena dell' omicidio: l' omicidio non s' imputa a nessuno, dunque non può parlarsi di pena di omicidio per benignità mitigata. S' imputa a tutti il fatto reo del rissare che fu occasione di morte d' uomini, benchè a nessuno possa dirsi — t' imputo quella morte come voluta ed operata da te. A codesto fatto, in tal guisa renduto più odioso da resultati meramente occasionali, si attribuisce la pena ordinaria che segna la legge. Ed anzi cotesta pena che rispetto al semplice fatto del rissare dovrebbe essere d' ordinario mite, anzichè diminuirla si aumenta. Non è che si punisca meno l' omicida che s' ignora chi sia. Si punisce più il rissatore perchè s' ignora chi sia l' omicida. È una dilatazione di rigore, non di benignità. Ma tali esattezze indarno le cerchi negli antichi pratici, poichè la distinzione tra imputazione e pena non si era fino ai tempi recenti bastantemente maturata.

§. 1306.

Il codice penale Toscano (art. 313 §. 1, lett. f e §. 2) ha accettato questa dottrina; ma l' ha alquanto ristretta. Poichè non accomuna la pena a tutti indistintamente i corrissanti, ma soltanto a quelli che si trovino in uno di questi *tre* casi.

1.° — O abbiano *eccitato* la rissa anche a parole.

2.° — O abbiano *brandito* le armi.

3.° — O abbiano *posto le mani* addosso all' ucciso. Cosicchè se l'ucciso fu l'eccitatore della rissa, e nessuno può deporre di aver visto le armi, o gli atti speciali, può benissimo sotto il codice verificarsi l' assoluzione di tutti i corrissanti che secondo l' antica pratica non era possibile; come si verificò di fatto nel caso sul quale fu richiamata a giudicare la Corte di Cassazione di Firenze il 21 marzo 1855. Non mi persuade per altro ciò che ritenne la Corte di Cassazione in quel decreto, cioè che il legislatore toscano abbia con quella prima condizione supposto una *rissa a parole* contro la regola prevalente che col diverbiare non si rissa. Il codice suppone la esistenza di una *vera* rissa costituita dalle reciproche violenze; e senza dire che chi altro non fece se non *eccitarla a parole*, abbia *corrissato personalmente* (lo che sarebbe un errore) lo dichiara però *responsabile* della rissa e sue conseguenze, perchè eccitati da lui i corrissanti, quantunque gli eccitasse con sole parole.

§. 1307.

Del resto per una straordinaria eccezione si è ammessa complicità anche in un omicidio commesso da altri nella rissa, quando si siano posti in essere atti *direttamente efficienti* all'omicidio con *esplicita intenzione* di cagionarlo. Lo che si esemplifica — 1.° nello istigare l'uccisore ad uccidere — 2.° nel porgergli l'arme micidiale — 3.° e nei congrui casi (intendasi bene) nel reggere l'ucciso, mentre altri lo fiede, con *animo* di aiutar l'altro; non con la onesta intenzione di dividere i corrissanti e impedire il male. Da questi due stati di animo dipende la innocenza o la reità: e nel ben discernerli spicca la prudenza del giudice. Goffo e crudele sarebbe chi si appagasse della sola materialità. Precipitoso giudizio è quello di un giudice, che vedendo come uno dei due compagni abbia afferrato un avversario mentre l'altro contemporaneamente vibra un colpo contro di quello, corra subito a dichiarare la complicità. La complicità non esiste per mera convergenza o coefficienza di atti. Neppure il fatto più grave di aver percosso l'avversario comune costituisce complicità, perchè a questa oltre lo elemento materiale è necessario il concorso dello elemento intenzionale. Non basta cioè che l'atto posto in essere da me abbia materialmente coadiuvato la uccisione commessa dal mio compagno, se io altresì non eseguiva quell'atto al preciso fine di aiutare il mio compagno a ferire. Certamente sotto il mero punto di vista materiale le percosse che io ammenava contro l'av-

versario comune, hanno facilitato la uccisione di lui operata dal mio compagno; sia perchè l' avversario per i miei colpi è stato distolto, e non ha potuto guardarsi dalle più gravi offese dell' altro; sia perchè questi abbia attinto coraggio dall' opera mia. Ma ciò niente vale a rendermi corresponsabile dell' omicidio che l'altro ha commesso, perchè io percuotendo non intendeva ad aiutare il compagno in quello che fece, ma intendeva al fine diverso di sfogar l' ira mia con quei colpi che io dava. E alla complicità la sola coefficienza materiale non basta, se l' animo dell' agente non è a tale coefficienza diretto. Non basta la efficienza che i pratici direbbero *accidentalis*, vi vuole la *intenzionale*. Ora se ciò è chiaro nella ipotesi dell'uomo che percuotea l'avversario, molto più deve tenersi altrettanto nella ipotesi dell' uomo che non ha fatto altro se non momentaneamente afferrarlo. In questa seconda ipotesi non solo ricorre nel rapporto della intenzione la differenza che passa fra la volontà diretta a sfogare la ira propria, e la volontà diretta ad aiutare altri ad uccidere (malvagie ambedue, ma meno quella di questa); ma può intercedere di più la sostanziale differenza che passa fra l' animo diretto a fine pravo, e l' animo diretto a buon fine. Infatti quegli che afferrò l' avversario (in specie se lo vide munito di un' arme e intento anch' egli a ferire) può avere avuto il buono ed onesto fine di impedire il male, di fermarne o renderne impotenti le ire, di disarmarlo a difesa di sè medesimo o del compagno, senza volere nè prevedere che questi si approfittasse di ciò per uccidere. Ove possa ritenersi cotesta buona intenzione non solo sfuggono affatto i

termini della complicità, ma io terrei per fermo che neppure ricorressero i termini della lett. *f* dell'art. 313 del codice penale Toscano. Perchè quantunque la lettera di quell'articolo non distingua, lo spirito del medesimo non può esser tratto a voler punito un galantuomo che si adopera anche a proprio pericolo per impedire lo spargimento del sangue. Costui cadrà sotto la lettera dell'articolo, perchè *ha posto le mani addosso* all'ucciso: ma la innocenza della sua intenzione renderà ingiusta qualunque pena con cui si voglia colpire un atto, che in faccia alla verità fu esercizio di virtù cittadina. Molto in questa ipotesi dipenderà dalle circostanze, e principalmente dal vedere se costui divideva o no gli sdegni del suo compagno. Ma se ei non li divideva, potrà facilmente da lui stornarsi la ingiusta pena anche con un migliore studio della stessa lettera di quell'articolo. Esso infatti suppone due condizioni; cioè che si sia *partecipi* della rissa; e che si siano *poste le mani addosso* all'ucciso. Ma se le mani addosso all'ucciso si sono poste non per fine di rissare, ma per dividere i combattenti, il susseguente rimane senza l'antecedente: ricorre una sola di quelle due condizioni; e si cadrebbe in un circolo vizioso, e si violerebbe (oltre lo spirito) anche la lettera della legge, se si restasse paghi della seconda di quelle due condizioni, facendo di questa una presunzione della prima anche quando la prima non è per altre risultanze separatamente prestabilita (1).

(1) Questa intelligenza delle parole *posto le mani addosso* all'ucciso adoperata nell'art. 313 lett. f, trovasi solen-

nemente stabilita dalla Corte di Cassazione di Firenze nel citato decreto del 21 marzo 1855 (*Annali di giurisprudenza anno XVII p. 1, col. 314*). — ivi — *Vi è bisogno che sia constato aver* messo le mani addosso *all' ucciso: il che vuol dire che* abbia usato delle vie di fatto verso l' ucciso, *a lui* inferite delle percosse o lesioni.

§. 1308.

Un caso speciale, non infrequente a verificarsi nella pratica e di grandissimo interesse, si è quello che in una rissa subitamente nata, e senza previo concerto di uccidere, si trovino recate all' estinto parecchie ferite, e consti chi fu l' autore di ciascuna delle medesime. Su questo proposito furono infinite le divergenze tra gli scrittori, le teoriche dei quali s' incrociarono per la differente configurazione del caso, così in ordine alla natura delle diverse ferite, così in ordine alla loro relativa anteriorità. A me sembra assai esatta la teorica che prevedendo le varie combinazioni costrui Carmignani (§. 1001) e perciò tale quale la riproduco con le sue stesse parole.

1.° caso — *Due persone feriscono mortalmente un uomo, che all' istante della seconda ferita muore: qui siccome la mortalità della prima ferita è soltanto possibile, laddove è certa quella dell'altra; così il primo feritore è tenuto di ferimento, e l'altro di omicidio.*

2.° caso — *Le due ferite sono egualmente mortali; ed il ferito ne muore dopo qualche intervallo di tempo: amendue i feritori sono imputabili di omicidio.*

3.° caso — *Uno ferì pericolosamente, e l' altro mortalmente: quegli è responsabile di ferimento, questi di omicidio.*

4.º caso — *L' uno, e l' altro recarono pericolose ferite, seguite poi dalla morte dell'offeso: tutti e due sono imputabili di omicidio.*

§. 1309.

Ma questa teorica non contempla un quinto caso possibile, vale a dire quello in cui siasi dai periti positivamente accertato che la morte sia stata l' effetto dell' azione congiunta di più ferite da diversa mano arrecate, ciascuna delle quali non sarebbe stata di per sè mortale, ma lo divennero per la loro combinazione. In questa ipotesi ciascuno degli autori delle diverse ferite ha ragione di dire che in quanto al suo fatto, questo non avrebbe prodotto l' omicidio, se non sopraggiungeva il fatto dell' altro. Dal che egli prosegue ad opporre che se lo si ritiene responsabile di omicidio, si pone a suo carico il fatto dell' altro, del quale si presuppone che non fosse complice. Questo caso si scioglie in lettera dall' art. 313 lett. *d*, del codice penale Toscano, con la regola che degli autori di tali ferite, nessuna delle quali sarebbe stata isolatamente capace di produrre la morte, quelli soli che agirono con animo di uccidere si tengano responsabili di omicidio, e quelli nei quali non consta di tale animo siano tenuti soltanto di ferimento.

Questa soluzione apparisce equa e conciliativa in mezzo a tanta discrepanza di opinioni (1) che agita li scrittori sulle diverse ipotesi dei più feritori. Ma la difficoltà di codesta soluzione sta in ciò che ammette la possibilità di riconoscere l' animo di uccidere nei

fatti rissosi, nei quali è divinatorio lo andare al di là del dolo indeterminato (2).

(1) Possono consultarsi intorno a queste varie combinazioni Menochius *de arbitrariis quaest. cent. 4, cos.* 362 *per tot.* — Tuschio *litt. H, conc.* 149 — Farinaccio *quaest.* 96, *n.* 31, 32, 33 — Covarruvias *in Clem. si furiosus tit. de homicid. pars* 2, §. 2, *n.* 4 — Salyceto *in l. quoniam multa Cod. ad leg. Juliam de vi publica* — Claro §. *homicidium, n.* 41 — Harpprecht *in* §. *item* 5 *de pub. jud. n.* 100 *et seqq.* — Berlichio *pars* 4, *conclus.* 11, *n.* 33, 34 — Carerio *practica crim. tit. de homicidio,* §. *quaero* 4 — Erodio *rerum judicatarum, lib.* 8, *cap. XXVI* — Strykio *usus modernus ad tit. ad leg. Corn. de sic.* §. 7 — Clasen, Kress, et Boehmerus *in art.* 148 *C. C. C.*

(2) Per questa potente ragione il codice di Friburgo all'art. 172 dispone doversi punire soltanto come rei di *lesioni gravi* gli autori di ferite che siano divenute letali per il loro concorso.

§. 1310.

In faccia però al codice Toscano può nascer dubbio sull'accettazione della prima regola, come sopra segnata nella teorica del Carmignani; per ciò che il codice stesso dispone all'art. 313 lett. *b*, ove sembra voler posta da banda ogni ricerca sulla anteriorità e posteriorità relativa delle due ferite letali. E veramente, tostochè il codice Toscano si era contentato di una ferita per natura sua *non letale* purchè recata con animo di uccidere, per accettare il titolo di omicidio, la questione dell'anteriorità rimaneva senza importanza nelle ferite letali in faccia a tale concetto.

Mi piace però di avvertire che praticamente tutte coteste soluzioni non mancano di lasciar l'animo assai perplesso. Il criterio assunto dal codice Toscano viene in sostanza a tenere come autore di omicidio uno che nella realtà delle cose non fu cagione dell' altrui morte. La regola del Carmignani invece guarda il mero fatto: e trovando che l' uno diede esclusiva causa a quella morte che avvenne, nega che l' altro si possa tenere come omicida per una morte semplicemente prevista. Là si punisce per cagione dell'animo, qua per il fatto. E chi valuta i grandi pericoli delle indagini intenzionali non può non sentirsi inclinato ad aderire anche qui alla esattezza della scuola ontologica.

§. 1311.

Adesso rimane che io torni, a quello che ho accennato di sopra (§. 1293) circa la impropriazione della parola *rissa*. Quando parecchie persone hanno contemporaneamente aggredito alcuno che non resiste nè lotta, non ricorrono (come ho detto) nella rigorosa proprietà del linguaggio i termini della rissa: la quale è una lotta FRA PIU' persone, e non DI PIU' persone contro uno. Ora se avviene che tre infuriati percuotano contemporanei un inerme che non resiste, si potrà dire che qui non vi è rissa, ma aggressione; che perciò non corrono i termini delle lett. *e* ed *f* dell' art. 313; e che quando dei tre aggressori è incerto chi fossero i due che percuotevano con pugni, e chi quello che il colpo di stile vibrò contro l' aggredito, tutti siano responsabili di omicidio improvvi-

so: questa tesi io udii sostenere in un caso pratico, ma inutilmente. Certo la complicità vi sarà, se quei tre aggressori agirono per un concerto anche subitaneo stretto fra loro contro il comune nemico; avvegnachè la complicità non abbia per estremo la premeditazione, ma l' accordo dei voleri. In questo s' incarna il suo criterio intenzionale, che può esprimersi in qualsiasi predisposizione onde si faccia manifesto il concerto ad uccidere. Ma tranne ciò, non vale lo escludere in cotesta ipotesi i rigorosi termini della *rissa*, e sostenendo che fu un' *aggressione* negare l' applicabilità al caso dell' art. 313. Quando l' aggressione risulti da altrettanti particolari movimenti degli aggressori, scompagnati da qualunque previo concerto *ad necem* dovrà sempre mantenersi la regola dedotta dalla legge *item Mela:* perchè la base di questa regola non sta nel fatto, o non fatto dell'aggredito, ma nella *incertezza* dell' autore del colpo mortale; per cui si rende ingiusto tenere come omicidi quei due che alla morte avvenuta non adoprarono la mano, nè vi diressero le loro volontà. Laonde lo spirito dell' articolo portando all' applicazione della regola anche nella ipotesi, sottentra il canone di ermeneutica che impone la impropriazione della lettera, ed autorizza l' interpetre a prendere in un senso improprio la parola *rissa*, piuttostochè conculcare lo spirito della legge.

§. 1312.

Qui vorrebbe essere trattato il gravissimo problema dell' *aberrazione* applicata alla provocazione: cioè, se

la scusa protegga il provocato che nel bollore del giusto sdegno non il provocatore abbia ucciso, ma un terzo casualmente trovatosi là (1) e che niente lo provocava. Ma siccome cotesto problema ripetesi e nel *giusto dolore*, e nello *eccesso di difesa*, e vuol essere costruito in una teorica che per parità di ragione ai tre casi si adatti, così ne riserbo la esposizione a quest' ultimo luogo.

(1) Una decisione della Corte Regia di Lucca del dì 28 maggio 1864 contro Pieri e Baroni ammise la provocazione, quantunque l' atto violento non diretto neppure contro l' uccisore ma contro la sua moglie, non fosse partito dall'ucciso, ma dalla mano di un terzo che era però in compagnia dell' ucciso. Vedasi anche il giudicato della Corte di Napoli che ho citato di sopra e che è nello stesso senso.

Titolo II.

Impeto di dolore

Omicidio scusato per giusto dolore.

§. 1313.

La formula *impeto di dolore* posta in antitesi alla formula *impeto d' ira:* e l'omicidio scusato da *giusto dolore*, guardato come distinto dall' omicidio *provocato;* porta a contemplare l' affetto piuttosto nel momento della sua *genesi*, ossia della sua passione, che

nel momento della sua *azione*, ossia del suo impulso sulla umana attività. Cotesta genesi vuol essere concepita in tal senso che qui nella parola *dolore* si escluda qualunque idea di *dolore fisico* patito dallo agente; poichè altrimenti la formula presente non più si distinguerebbe dalla *provocazione*, di cui la forma più comune e frequente è quella di una offesa personale che eccita alla reazione.

A questo luogo pertanto la parola *dolore* designa una ferita arrecata all' uomo in alcuna delle sue affezioni, indipendentemente dallo affetto di sè medesimo, per cui si è eccitata in lui una tale perturbazione di dispiacere, che lo ha più velocemente sospinto all' atto criminoso. Se fosse facile concepire un' azione esercitata a danno di altri che esclusivamente procedesse da un impeto di subitanea afflizione, la differenza che i giuristi fecero tra caso e caso sarebbe rappresentata da una verità psicologica: ed allora sarebbevi ragione potente di tenere più in alto la minorante del *dolore* che non la minorante dell' *ira:* perchè se questa è viziosa, non può dirsi altrettanto di quello; onde la differenza *giuridica* terrebbe ad una differenza *morale*. Di dolore (suol dirsi) non si muore, ma di dolore può perdersi l' intelletto: onde la nota sentenza morale *dolore permotus non est in plenitudine intellectus*. Ma poichè il dolore, isolatamente guardato, è per sua natura adinamico e porta alla dejezione dell' animo; o se muove l' uomo ad agire lo spinge a volgere i suoi atti piuttosto contro sè medesimo, e divenendo intollerabile all' animo dell' uomo lo porta ad infierire contro la propria vita come unica via per

cacciare da sè l' infesto peso di quella afflizione; così difficilmente si può concepire nn dolore morale che spinga a nuocere ad altri, se non degenera in *ira*, perchè si consideri l'altro a danno del quale si agisce come la causa della propria afflizione. Sicchè bene studiato il dolore sotto il punto di vista psicologico per il fine di trarne conclusioni utili alla scienza penale, bisogna dire che la distinzione dell' omicidio *provocato* e omicidio scusato da *giusto dolore*, non tiene all' affetto che fu causa *immediata* dell' azione criminosa, ma piuttosto all' affetto che ne fu causa *mediata*, perchè suscitò lo sdegno dal quale fu sospinto l' uomo ad agire.

§. 1314.

Malgrado ciò, è ormai certo che la pratica distinse il *giusto dolore* dalla *provocazione*, facendone una separata figura giuridica: e non servirebbe oggidì alla esattezza del linguaggio chi confondesse le due figure. Il principio radicale della scusa è lo identico: perchè sempre consiste nelle alterate condizioni psicologiche di chi agisce sotto l' impeto di grave commozione. Ma varia la materialità della causa eccitatrice dell' animo alla subitanea commozione, avvegnachè non si consideri come causa dello sdegno e della reazione una offesa recata alla propria persona. È questo in fatti, per quanto a me pare, l' ultimo criterio che delimita le due ipotesi. Tutte le volte che la passione non è destata da offesa recata alla nostra propria personalità, ma cade sopra qualche oggetto di nostra legittima af-

fezione, altrettante volte alla formnla della *provocazione* sottentra la formula del *giusto dolore* (1). Esso si esemplifica specialmente — 1.° nella reazione contro una offesa recata a *persona a noi cara* — 2.° nel *proprietario* che uccida il ladro colto in flagrante, o commuovasi per cagione di un danno recato in qualsiasi forma alla sna proprietà — 3.° nel *marito* o nel padre che nccida gli adulteri.

(1) La ragione per cui si stimò necessaria questa distinzione, che il più delle volte in pratica riesce una mera distinzione di parole, fu la stretta aderenza al significato del vocabolo *provocare*. Provocare alcuno vuol dire dirigere contro di quello un atto qualunque. Sta dunque bene che si provochi con ingiurie, minaccie, percosse quell' uno contro cui tali atti sono diretti: ma quando alcuno non era niente cercato, non può dire che lo si provocasse. Chi oltraggia persona a me cara non cerca me. Il ladro e l' adultero non cercano nè il proprietario nè il marito, anzi ben lungi dallo incitarlo, usano ogni studio per tenersi lontani dalla sua vista. Dunque non può dirsi che provochino. Dunque bisogna trovare una diversa formula, altra che quella — *mi ha provocato*, e porla in bocca di colui che invoca la scusa: e tal formula è precisamente quella — *mi ha cagionato un giusto dolore.*

§. 1315.

Primo caso — Lo sdegno sorto per *offesa* (1) dei nostri cari è non meno veemente, nè meno giusto di qnello che si desta per offesa a noi stessi. Non viene in giuoco l' egoismo ma un sentimento più nobile. Chi è che non senta con maggiore energia gli oltraggi e i danni recati al figlio, al genitore, ed anche ad un

fido amico, più assai che i proprii! L' abnegazione cristiana comanda di tollerare con pazienza le offese recate a noi: e per sopportarle tranquilli basta essere cristiani. Ma per sopportare in pace una grave offesa recata alla propria madre, più che cristiani bisogna essere santi. E se il giure penale ammette la scusa che ha radice nell' egoismo, bisogna bene che ammetta la scusa che ha radice in una generosa affezione, od in una pietà virtuosa. Io stimerei pessimo cittadino colui che stesse impassibile spettatore degli oltraggi recati all' autore dei suoi giorni, e stringerei compassionevole la mano a chi avesse versato il sangue dell' offensore. In tali emergenti si educa meglio il popolo con lo usare mitezza, che col mostrare severità.

(1) Già s' intende che qui si configura il caso di una offesa *ormai recata* ai nostri cari. Nella ipotesi di offesa *imminente* possono subentrare i termini della *difesa altrui*, che conduce, ove concorrano i debiti requisiti, all' applicazione del *moderame*, come abbiamo a suo luogo accennato.

§. 1316.

Per analogia si assimilò a questo caso la indignazione istantaneamente eccitata da zelo religioso, per virtù del quale allo spettacolo (per esempio) di una profanazione, un' anima pia siasi talmente commossa da trascendere alle violenze contro il sacrilego. Non deve per altro tacersi, per servire alla intelligenza del linguaggio adoperato dai varii scrittori, che non tutti i criminalisti usano la formula di *giusto dolore*, quan-

do contemplano questo primo caso di omicidio commesso per vendetta di offesa recata ad un nostro congiunto. Molti ve ne ha che promiscuamente richiamano anche questo caso sotto la formula della *provocazione*, e vi sono dei codici contemporanei che parlano così. Ho voluto notar questo per obbedienza alla esattezza del linguaggio: e perchè si comprenda che quando un codice non ha fatto di questo caso di giusto dolore una designazione distinta, non deve già credersi che esso lo abbia dimenticato, o che lo abbia creduto immeritevole di scusa; ma è forza ritenere che lo abbia invece identificato con la provocazione lasciando da parte le sottili distinzioni della scuola. Del resto nel tema presente la è più questione di parole che di sostanza. I principii regolatori della scusa, e presso a poco anche i criterii che ne misurano la efficacia, sono gl' identici.

§. 1317.

Secondo caso — Il proprietario ha naturale affetto alle cose sue. Quando ei le vegga guaste, danneggiate, o usurpate da altri, si commuove primieramente a dolore per la perdita o patita o temuta; e poscia a sdegno contro chi ne fu, o ne è, o minaccia di esserne la cagione. E se in codesto stato di animo trascende a violenze contro l' invasore delle cose sue, non vi ha dubbio che cotesta giusta e ragionevole perturbazione debba essergli valutata come scusa agli eccessi ai quali si lasci trascorrere. Tutta la questione sta nel determinare le condizioni di tale scusa, ed i limiti fino ai quali si possa spingere.

§. 1318.

La prima distinzione indispensabile a farsi in questo argomento è quella relativa alla condizione del *tempo*. Se il proprietario inferocisce contro un ladro che colga in flagrante, o contro alcuno che trovi nell' atto di danneggiare le cose sue (per esempio di appiccargli il fuoco alla casa) la idea della difesa della proprietà si mescola alla idea della vendetta, e la scusa ne acquista gagliardia maggiore: laddove se la reazione avviene a danno già irreparabilmente consumato, essa impallidisce d' assai.

La seconda distinzione a farsi è quella relativa alla condizione del *valore:* poichè di facile si comprende che quanto maggior pregio ha una cosa, tanto più ce ne addolora la perdita. Male però si tenterebbe di dare a questa condizione un criterio *assoluto* con arbitraria determinazione. Essa non può giudicarsi che con un criterio *relativo*, ricordando sempre che la ragione della scusa non istà nella entità del diritto violato, ma nella impressione maggiore o minore, e nella più o meno ragionevole commozione che la violazione eccitò nell' animo dello agente.

§. 1319.

Parecchi pratici diedero tanta importanza a queste due condizioni che non dubitarono di far degenerare la scusa in una scriminazione: e costruirono la teorica che il danno alla roba potesse talvolta esser causa

bastevole a render legittima anche la uccisione del ladro, o del danneggiatore a danno non ancora consumato, purchè ricorressero questi due requisiti — 1.° *ut res sit magni valoris* — 2.° *ut aliter servari nequeat.* È chiaro che sotto questo punto di vista la questione giuridica si trasporta su diverso terreno. Non più si valuta l' amore legittimo della proprietà nostra come causa di una perturbazione di animo che renda meno libera la nostra determinazione alle violenze a cui trascendiamo: si valuta invece il diritto di proprietà come ragione che rende legittime le violenze, ed anche l'omicidio commesso per la difesa di quella. Il punto di vista è assai differente. Sotto il primo aspetto la benignità non ammette questione nessuna, tranne quella di più o di meno: sotto il secondo punto di vista la cosa è assai disputabile (1).

(1) Vedasi Leyser (*meditation. ad pandectas vol.* 9, *spec.* 601, *meditatio* 19) che riconduce la questione sotto il criterio della passione scusante, e lo confonde col ben diverso criterio della difesa. Fu troppo frequente siffatta confusione tra i pratici, i quali (come esposi nel mio discorso sulla difesa pubblica e privata) spesso falsarono la dottrina del moderame, cercandone la ragione dominante nella perturbazione dell' animo; questa però può essere cagione di scusa, non mai (dove non trascenda in furore transitorio) di *legittimità* di omicidio. La perturbazione dell' animo può anche giungere a tale un grado di esaltazione da togliere affatto ogni imputabilità. Ma se in questo caso è dovere di giustizia lo assolvere l' omicida perchè agì in condizione di irresponsabilità, non per questo potrebbe dirsi che quell' omicidio fu LEGITTIMO. Altro è non avere la *coscienza* dei propri atti; altro è *avere il diritto* di farli. La

legittimità non può riposare che nella prevalenza della legge naturale sulla legge civile, in tutte le occasioni nelle quali mancando l'autorità civile al debito della tutela giuridica, risorge nello individuo il libero esercizio della difesa privata. È su cotesto testo che vuole essere discussa la questione. E noi crediamo che neppure la legge naturale permetta la strage dell'uomo per difesa della roba. Coloro che hanno confuso i principii affatto difformi delle due teoriche hanno convertito il *dovere di non punire*, che incombe alla società in certi casi, in una *generosa benignità*. E poscia quando si è trattato di valutare il danno alla roba veramente come ragione di scusa per il giusto dolore, si sono trovati a negare la minorante. Giammai perciò potremo concordare col Leyser che la uccisione del ladro, commessa dal padrone *in continenti* appena ricuperata la roba, debba essere considerata come fatta *a sangue freddo*.

§. 1320.

Pretesero alcuni di assodare la scriminazione dell'omicidio commesso in persona del ladro, all'appoggio di alcuni frammenti del diritto romano; ed invocarono la *leg.* 3 §. 9 *ff. de vi et vi armata;* la *leg.* 1 *C. unde vi*, e la *leg.* 1 *C. quando liceat unicuique sine judice*. Ma la distinzione fra ladro *diurno* e *notturno* (1) di cui nella *leg.* 4 *et* 5 *ff. ad leg. Aquiliam;* e fra ladro *armato*, e *non armato*, alla quale s'inspirano le suddette leggi, ugualmente che la *leg.* 54 §. 2 *ff. de furtis*, e le stesse leggi 3 §. 9 *ff. de vi*, e 1 *C. unde vi;* mostra chiaro che i romani procedettero dalla considerazione del *pericolo personale*, e non del *pericolo della roba*. Ciò poi emerge chiarissimo dalla clausula adoperata nella *leg.* 9 *ff. ad leg. Corn.*

de sicar. — ivi — *si sine periculo suo ei parcere non potuit;* e dall' altra — *si metu mortis furem occiderit*, della *leg.* 5 *ff. ad leg. Aquiliam.* A me pare manifesto che il caso della uccisione del ladro notturno rientri nei termini della difesa della propria vita: è un caso d' incolpata tutela per il probabile pericolo che il proprietario venga ucciso dal ladro. Si pretende da alcuno che il Claro (*lib. V*, §. *homicidium, n.* 25) sostenesse la dottrina della legittimità dell' omicidio per la sola difesa della roba: ma anche codesto scrittore evidentemente contempla i termini di pericolo personale.

(1) Presso gli Ebrei chi *ante solis ortum* uccideva il ladro nell' atto che scassava la casa, non era *reus sanguinis, quod si orto sole hoc fecerit, homicidium perpetravit*: Exodo *cap.* 22, *vers.* 2 *et* 3. S. Agostino ne dà la ragione, *si oriatur sol super eum, reus erit, quia poterat discernere quod ad furandum, non ad occidendum venisset, et ideo non debet occidi.* Anche Platone (*de legibus dial.* 9) voleva impunito chi uccideva il ladro notturno. E le leggi delle XII tavole stabilivano — *si nox furtum faxit, sim aliquis occidit, jure caesus esto.*

A rendere legittima la uccisione del ladro notturno alcuni esigono che il padrone abbia acclamato; desumendolo dalla *l. itaque ff. ad leg. Aquiliam:* Boehmero *cons. tom.* 2, *decis.* 1071. Altri esigono: *che non lo conoscesse*, non avesse testimoni, e non potesse prenderlo, argomentando ciò dalla *l.* 5 *ff. ad leg. Aquiliam:* Carpzovio *quaest. crim.* 32, *n.* 37 *et seqq.* — Claro §. *homicidium n.* 47. In mancanza di alcuni di questi estremi non ammettono la scriminazione, ma mitigano soltanto la pena: Carpzovio *quaest.* 32, *n.* 39 in base alla *leg.* 54 §. 2 *ff. de furtis* — Hommel *Rhaps. obs.* 294.

Se peraltro il ladro già si era impossessato delle cose mie, e con quelle fuggiva, ammettono che possa uccidersi; Grotius *de jure belli lib.* 2, *cap.* 1, *nn.* 11, 12, 13 — Puffendorf *lib.* 2, *cap.* 5, §. 16 — Cujacio *lib.* 14, *obs.* 15. E la pratica germanica procedendo in via conciliativa, come attesta l' Hommel, restrinse la pena a 6 settimane di carcere. Vedasi anche Leyser *spec.* 597, *med.* 9; *et spec.* 600, *med.* 27 — Harpprecht *in inst.* §. *item* 5 *de publicis judiciis n.* 185 *et seqq.; et decis. crim. decis.* 87, *n.* 117, *pag.* 764 — Richter *he homicidio th.* 46; *et cap.* 3 *decretal. de homicidio.* Latamente tratta questa materia il Canneman *de furto noctorno pag.* 27 *ad* 60.

§. 1321.

Parimente non guarda il caso sotto il punto di vista della scusa l' art. 329 del codice penale Francese. *Non vi è nè misfatto nè delitto, quando l' omicidio è commesso per la legittima difesa di sè o di altri.* E così non pronunciando una scusa, ma l' assenza assoluta del delitto, esprime il vero concetto del moderame. *Sono casi di legittima difesa,* esso prosegue, — 1.º *la repulsione in tempo di notte del furto con scalata o con scasso in luogo abitato o sue dipendenze* — 2.º *la repulsione del furto commesso (in qualunque tempo, o luogo) con violenza.* Ridotta la teoria a questi termini non vi ha dubbio che più non si tratta di scusa, ma di legittima difesa; e questa non della roba, ma della persona. Alcuni codici della Germania largheggiano peraltro ancor più nello esimere da ogni pena la uccisione del ladro, conservando la teorica delle due condizioni che ho accennato di so-

pra. Forse nei costumi di alcuni popoli il politico bisogno di difendere la proprietà renderà conveniente siffatta indulgenza. Ma tra noi (come già dissi al §. 299) non può tant' oltre spingersi il riguardo ai diritti del proprietario.

§. 1322.

Ad ogni modo tale questione non ha niente che fare con la teorica che svolgesi a questo luogo. Qui si tratta di ammettere una semplice scusa pel turbamento d'animo cagionato dalla ingiusta invasione delle cose nostre (1). E tale scusa sotto la formula di giusto dolore la pratica nostra, coerentemente ai principii della scienza, ha sempre, con maggiore o minore larghezza, valutata ed ammessa. Sicchè per ciò che riguarda i *limiti* della medesima (che era la seconda delle ricerche proposteci) noi pensiamo che quando non siavi permistione di *pericolo personale*, questa causa di giusto dolore non possa mai portare alla impunità dell' omicidio.

(1) Il Mattheu et Sanz *(controv.* 33) pone la questione se il litigante che perduta una lite ammazza l' avvocato contrario, si possa dire provocato o scusato per giusto dolore. Noi crediamo affatto irragionevole cotesto moto di dolore. Diversamente però dovrebbe opinarsi dove non uccidesse l' avvocato avversario per aver fatto il suo dovere, ma l' avvocato proprio quando repentinamente ei venisse a conoscere di essere stato da lui perfidamente tradito.

§. 1323.

In mezzo all' apparente divergenza che trovasi in questo argomento così negli scrittori come nelle legislazioni, parmi che debba costruirsi una teorica con distinzione di casi.

1.° Se il proprietario agì perchè ebbe ragioni di temere della propria sicurezza, potremo essere nei termini del *moderame*.

2.° Se il proprietario agì pel fine legittimo di salvare la roba non altrimenti recuperabile, potremo essere, in date condizioni, nei termini dello *eccesso di difesa*.

3.° Se il proprietario agì dopo ricuperata la roba, dopo il danno patito, e così per sola vendetta del danno o recato o tentato alla sua proprietà, dovrà essere assai contento quando gli si accordi una minorazione di responsabilità penale, valutandogli come scusa il *giusto dolore* (1).

(1) Non sempre gli scrittori distinguono, come dovrebbero, il *movente dell' animo*, che pure è l' unico criterio al quale debbe ridursi questa teorica. La idea della difesa della roba fa sorgere una figura giuridica. La idea dello sdegno eccitato per i danni alla roba fa sorgere una figura giuridica tutta distinta. E la differenza giuridica tiene ad una differenza psicologica per la differenza della passione motrice. Vi è la differenza che passa tra il timore e lo sdegno. Il timore può condurre ad un' errata coscienza anche senza eccitamento di rea passione. Lo sdegno, per quanto possa essere in certe occasioni scusabile, è sempre una rea passione.

§. 1324.

Terzo caso — L' ultima forma di giusto dolore è quella del marito che uccida la moglie o il drudo di lei sorpresi in adulterio. È inutile esporre i fondamenti di questa scusa, la quale trova parità di ragione nel padre che sorprenda la figlia in analoga turpitudine. Ma qui si presenta triplice ricerca; cioè, circa la *estensione* della scusa; circa le *condizioni* della medesima; e circa la *prova.*

§. 1325.

In quanto alla *estensione*, presso molti popoli non si appose limite alla potestà del marito o del padre di uccidere la figlia o la moglie e il loro drudo colti in adulterio (1). È indubitato però che i romani subordinarono cotesto potere a certe condizioni (2).

(1) Il Grantzio (*de defensione inquisitorum vol.* 2, *pag.* 128, *art.* 4, *de exceptione justi doloris*, *n.* 167) sostiene che il diritto di uccidere *impunemente* l'adultero, e nasce nel marito dalla stessa legge naturale; ed invoca l' autorità di Grotio (*lib.* 2, *cap.* 1, §. 7) di Puffendorf (*lib.* 2, *cap.* 5, *n.* 2), di Seldeno (*de jure naturali lib.* 4, *cap.* 3) e dimostra che la piena impunità di codesto omicidio ebbe sanzione dalle leggi dei Greci, dei Longobardi, dei Goti, dei Visigoti, dei Borgognoni, degli Spagnuoli, e di altri popoli molti. Vedasi Nevizano *Sylva nuptialis lib.* 1, *n.* 103 *et seqq.* — Carpzovio *quaest.* 52 *n.* 12 *et seqq.; ibique* Boehmero *obs.* 1 — Leyser *me-*

dit. ad Pandect. spec. **578** — Crusio *de indiciis homicidii pars* **2**, *cap.* **6** — Farinaccio *quaest.* **121**, *pars* **1**, *et* **2** *per tot.* — Wan Leeuwen *censura forensis, lib.* **5**, *cap.* **1**, *n.* **14**.

Poco a poco però si abbandonò cotesto modo di considerare la uccisione dell' adultero come l' esercizio di un diritto che dovesse dalla legge soggettarsi a delle tassative condizioni. Si portò la questione sul suo più vero terreno; sulla considerazione cioè della imperfezione del dolo derivante dal turbamento dell' animo cagionato dal giusto dolore. Ed allora senza tante distinzioni e condizioni si riconobbe in cotesto caso una degradante dell' omicidio: e questa è la dottrina che prevale oggi nelle scuole nostre sotto la formula di minorata forza morale soggettiva; e che serve di base pressochè universalmente alle legislazioni criminali contemporanee. Bene è vero però che gli antichi giuristi mentre sentirono questa verità, e quasi previdero tutta la influenza che lo elemento psicologico doveva esercitare nella imputazione, come si è francamente proclamato dalla scuola criminale moderna, non osarono apertamente correre su cotesta linea per la potente ragione che non lo potevano. E non lo potevano (o per lo meno mancavano del coraggio necessario a credere di poterlo) perchè in faccia agli statuti locali che imponevano la pena di morte contro ogni omicidio doloso, parve impossibile evadere l' applicazione di cotesta pena se non si negava recisamente il concorso del *dolo*. Fu il bisogno vero o creduto di tale negazione che dette origine alla insinuazione che chi agiva sotto l' impeto di giusto dolore non fosse in *dolo*, ma in *colpa:* teoria che rimpetto alla ferrea necessità creata da leggi draconiane fu buona e benefica, ma che come tante altre (ad accoglier le quali il cuore fece violenza sull' intelletto) dovette cedere il luogo alla più esatta dottrina della gradazione del dolo.

(2) In quanto al marito sono a vedersi la *leg.* **24** *prin. ff. ad leg. Juliam de adulteriis;* la quale pone per condizione che l' adultero fosse persona *vile:* cosicchè sembra

piuttosto dettata per distorre le matrone romane dall'abitudine di prostituirsi alli schiavi ed all' istrioni, che in obbedienza ad un sommo principio giuridico. Condizione che fu ripetuta nella *leg. 4 C. eod. tit.;* la quale commina al marito l' esilio se l' adultero ucciso non fosse persona vile: e mentre per la viltà dell'adultero conferma la legittimità dell' omicidio, valuta in lettera il *giusto dolore* come scusa alla uccisione dell' adultero, quantunque fatta *legis auctoritate cessante* È da notarsi ancora che cotesta legge nel caso della *legittimità* estende la impunità anche ai figli *qui patri paruerunt.*

La *leg. 24 ff. eod. in princ.* restringeva la impunità al solo caso della sorpresa nella *casa conjugale;* quasichè si proteggesse il talamo materiale o il domicilio, anzichè il diritto maritale: e quasichè l' onta diminuisse per la sua maggiore pubblicità. Inoltre cotesta legge al §. 1 poneva pure come condizione che il marito dovesse immediatamente cacciare la moglie dalla propria casa; e così convertiva in delitto il perdono. Apparisce però dalla *leg.* 22 §. 4 *ff. eod.* che i romani neppure in queste condizioni scriminassero la uccisione della *donna;* e soltanto gl' imperatori nella uccisione della donna valutarono il *giusto dolore* per commutare la pena nei pubblici lavori, o nella relegazione secondo i casi: *leg.* 38 §. 7 *ff. eod.* e *leg.* 1 §. 5 *ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* È singolare che i romani concedessero al marito maggiori diritti sul drudo, che non sulla moglie *quam in manu habebat.*

Queste condizioni della viltà nel drudo e della sorpresa nel *domicilio* modificò il *cap.* 15 *nov.* 117, ove si permise la uccisione del drudo qualunque fosse, benchè sorpreso non nel domicilio del marito, ma anche *in domo uxoris suae, vel adulteri, vel in popinis, vel in surburbiis;* e ancorchè sorpreso in semplice conversazione, quando il marito avesse precedentemente a lui fatto *per tre volte* intimazione scritta e testimoniata di non praticare la moglie.

In quanto al *padre* è certo che egli aveva potestà di uccidere oltre l' adultero anche la figlia *(leg. 20 ff. eod.)* Ma questo diritto consideravasi come inerente alla patria potestà, e perciò negavasi al padre che fosse stato egli stesso *filiusfamilias (leg. 20 e 21 ff. eod.)*; condizione che non si richiedeva per il marito *(leg. 24 §. 2 eod.)*. Il diritto del padre aveva pure una condizione di *località*, ma più ampia, perchè si estendeva tanto alla casa propria quanto a quella del *genero (leg. 22 §. 1 ff. eod.)* con dichiarazione però che quando l' avesse sorpresa in una casa a lui spettante ma da lui non abitata, non potesse altrimenti ucciderla *(leg. 23 §. 3 ff. eod.)*. È singolare però che al padre si faceva precetto di uccidere immediatamente entrambo gli adulteri *(leg. 23 §. 4 e leg. 32 ff. eod.)* altrimenti se uccideva il solo drudo incorreva la pena, se non dimostrasse di aver almeno ferito ancora la figlia. Di più cotesta facoltà nel padre limitavasi quando la figlia fosse stata incinta: Harpprecht *Instit. de public. judiciis*, §. 5, *n.* 197 *et seqq.* — Pagenstecher *de jure ventris pars* 6, §. 24.

In quanto alla condizione del *tempo* i romani esigevano che fossero *deprehensi* in *ipsa turpitudine* secondo la formula di Ulpiano; o *in ipsis rebus veneris* secondo la formula di Pomponio, o *en ergo* secondo la formula di Dracone e di Solone: *leg.* 23 *in princ. ff. eod.*

§. 1326.

Ma le legislazioni moderne non vanno generalmente sì oltre. Si limitano a considerare l' adulterio come una causa soltanto di scusa, e per il solo marito. Il codice Francese all' art. 324 ne fa un caso assimilato alla provocazione a favore del marito, tacendo della moglie e del padre. Conforme era il modo di vedere

del codice Napoletano art. 388. Forma speciale sembrò dargli il codice di Parma all'art. 351, ove lo considerò come caso ugualmente distinto e dalla provocazione, e dal giusto dolore; tutti però identificandoli nelle conseguenze giuridiche. Il codice Modenese all'art. 366 manteneva comune la scusa tanto al padre quanto al marito. Estende pure la scusa anche al padre il codice Spagnolo all'art. 348, purchè la figlia sorpresa sia minore di 23 anni e vivente nella casa paterna. Questo codice punisce il marito od il padre che commettano omicidio in codesta flagranza, col semplice esilio parziale, e le ferite leggiere dichiarano esenti da pena. Fra i codici odierni (per quanto io conosco) sono i più benigni nel caso il codice Spagnolo, e il codice Sardo, il quale (art. 561) estende la scusa anche al padre, e punisce il padre o marito omicida con la pena del carcere senza determinazione di gradi: lo che pone in balìa del giudice d'infliggere ancora soli sei giorni di carcere. La parola impunità suonerebbe troppo crudele nella civiltà odierna. Si mantiene il principio della illegittimità (1) del fatto; ma si obbedisce alla umanità largheggiando nella mitezza.

(1) È notabile che i romani davano il diritto al marito come facoltà di irrogare all'adultero la pena minacciata dalla legge: De Gojer *ad leg. Jul. de adulteriis th.* 13. Laonde il Groenewegen (*de leg. abrogandis leg.* 4 *C. ad leg. Jul. de adult. n.* 2) sostenne non potersi oggi mantenere il disposto delle leggi romane che concedevano al padre e al marito la libera uccisione degli adulteri sorpresi in flagrante; perchè le leggi odierne più non puniscono l'adulterio con la pena di morte. Ecco un'altra prova

delle conseguenze che derivano quando si corra equivoco sul vero principio cardinale della scusa. Se esso si cerca nei demeriti dell' ucciso e nella finzione della perdita in lui del diritto alla vita, eccezionalmente concedendo al privato l' autorità che era nel magistrato (nel modo stesso che poscia s' immaginò che nel magistrato fosse trasferito il diritto dell' individuo) ne deriva che dove è abolita la pena di morte, non dovrebbe concedersi, in mezzo a tutte le condizioni del moderame, la impunità a colui che per necessità di salvare la propria vita uccise lo ingiusto aggressore. La logica non transige. Ammessa la verità del primo principio, bisogna ammettere la verità del secondo. Sta dunque bene che i costumi odierni non spingano il favore della suscettività maritale fino al punto della scriminazione e si limitino a dare una scusa, perchè il principio cristiano vuole la tolleranza delle ingiurie e non assolve nessuna vendetta. Questa, e non la penalità diversa dell' adulterio, è la vera ragione. Cosicchè quando anche si ripristinasse oggi la pena di morte contro l' adulterio, non per questo dovrebbe risorgere la legittimità della uccisione privata.

§. 1327.

Quanto alle *condizioni*, generalmente i codici contemporanei limitano le condizioni di *persona* e quelle di *tempo*. Limitano le condizioni di persona privando della scusa il marito lenone, o che viva in concubinato: e questo è giustissimo, nè occorre ragionarvi per dimostrarlo. Limitano di più le condizioni di *persona*, tacendo molti del padre, e quasi tutti (salvo pochi codici della Germania ed il Sardo art. 561) della moglie (1) che in pari frangente s' incontrino rispetto alla figlia o marito: e qui davvero anche dove tacciono le leggi positive, sono persuaso che il senno dei giudici

dovrebbe trovare un caso di *giusto dolore*. Quanto io sono decisamente alieno dallo ammettere i privilegii del sesso femminile in faccia alla legge penale, altrettanto vorrei che la legge di uguaglianza si serbasse eziandio nel rispetto ai movimenti del cuore. Non sono di coloro che vorrebbero punire l'adulterio del marito al pari di quello della moglie, e a suo luogo (§. 1877) esporrò le ragioni della regola contraria. Ma qui non trattasi di valutare i danni maggiori o minori che provengono alla famiglia per l'adulterio dell'uomo e per quello della donna. Qui non trattasi di valutare la convenienza politica dell'accordare o negare un'azione criminale per la infedeltà del coniuge. Qui si tratta soltanto (e non dovrebbe dimenticarsi) di valutare lo stato d'animo di chi fu trascinato a versare il sangue altrui per un oltraggio recato nel tempo stesso al suo onore ed alle affezioni del cuor suo, che è quanto dire alle aspirazioni che più nobilitano la dignità umana. E poichè cotesti sentimenti sono comuni all'uomo ed alla donna; ed è ugualmente giusta la ragione di commuoversi; ed è ugualmente violenta, e restrittiva del libero arbitrio la commozione; io non veggo ragione nessuna di distinguere tra sesso e sesso. Nè credo di errare se tengo codesta distinzione come un avanzo delle tradizioni romane. Spetta pure allo argomento delle condizioni di *persona* la interessante questione se la scusa accordata al padre o marito debba eziandio giovare allo estraneo od al servo, quando la strage non sia stata eseguita dal marito o dal padre stesso, ma da lui ingiunta a quelli e da loro eseguita. In tale questione stettero per la negativa **B a l d o** *in leg.*

ad officium in fin. C. communi dividundo — Salyceto *in l. Gracchus C. de adulteriis* — Rolando a Valle *vol.* 2, *cons.* 34, *n.* 19 — Marsilio *in singular.* 448 — Tiraquello *de retraict. lignagier* §. 26, *gloss.* 1, *n.* 71 — Cepolla *crim. cons.* 4, *n.* 74. E questa può dirsi la opinione prevalente fra i pratici. Se non che due limitazioni sembrano completarne la teorica: la prima è per il caso del figlio (2); la seconda è per il caso in cui non trattisi di mandatario, ma di soci e compagni che il marito incapace da sè solo di consumare la vendetta dell' onore oltraggiato abbia seco chiamati per eseguirla; valutando in generale gli scrittori in tale configurazione la regola che quando la legge ha concesso il fine, deve avere concesso anche i mezzi; laonde se il marito aveva il permesso dalla legge di uccidere l' adultero doveva pure avere il permesso di associarsi altri per raggiungere con più sicurezza e senza pericolo proprio cotesto fine. Tale è la comune opinione: ma non si avvertì che se siffatta ragione era buona per iscusare i soci del marito presente alla vendetta, doveva esser buona ugualmente per scusare il mandatario. La unica differenziale sta nella presenza, o non presenza del marito offeso; lo che non cambia la situazione giuridica dello esecutore della strage. Meditando su coteste incertezze se ne trova la ragione nello errore del principio radicale. Se a scusare il marito si assume come principio la potestà conjugale (o la potesta patria) l' atto diviene *l' esercizio di un diritto;* ed allora scorre fluida tutta l' argomentazione dei pratici che chi ha balia di esercitare un diritto deve bene

poter chiamare altri ad assisterlo in tale esercizio. Ma invece per noi il principio scusante sta nella perturbazione dell' animo irrefrenabile nel marito oltraggiato. Ed allora io ritorno alla regola generale *della non comunicabilità del dolo* e delle sue degradazioni ed aggravazioni da individuo ad individuo. Se io scuso un giudicabile per la esaltazione in cui versava l' animo suo, o se lo punisco con più rigore per la freddezza di mente nella quale agì, quale ragione può trarsi da ciò sia in iscusa sia in aggravio del partecipe che versava in uno stato d' animo differente? Cosa importa a me che costui si chiami socio, o mandatario, o complice, o istigatore? I nomi forse fanno le cose? I nomi possono esprimere la diversa *quantità* criminosa; ma il *grado della imputazione* deve subire la misura del *dolo individuale*. La regola che la scusa concessa al marito uccisore della donna sorpresa in flagrante non si comunichi al complice del marito uccisore, si pone come un enunciato fuori di dubbio da Bertauld *leçons de code pénal lec.* 22, *pag.* 460: e discutendo il problema Iordao *(commentario ao codigo penal portuguez tom.* 4, *pag.* 114) si esprime nei seguenti termini — ivi — *os antigos escriptores sustentavam que a excusa aproveitava ao marido quando elle mandava praticar o homicidio ou as offensas por um terceiro, ao qual tamben applicavam a mesma excusa, dizendo con Farinacius que* quod est licitum in persona mandantis est etiam licitum in persona mandatarii, *e fundandose mais na* l. 4. Cod. ad leg. Iul. de adulter. *a qual estendia até aos filhos, que tinham ajudado seu pai na vingança o beneficio da excusa.*

Admittimos a doutrina em quanto concede a excusa ao marido que recorre a terceiros para tirar esse vingança, mas nao podemos admitter que a excusa aproveite a esse terceiro, porque é toda pessoal, e nao póde ser estendida segundo a regra do art. 21.º (3).

(1) Anche il codice del Perù (art. 495) accorda la scusa tanto al padre quanto alla madre e tanto al marito quanto alla moglie: ma di più distingue se la sorpresa avvenne nello stesso atto carnale o in altri atti disonesti e gradua secondo questo criterio la minorante, abbassando nel caso di sorpresa nell' atto carnale la pena del coniuge fino agli arresti da un mese ad un anno. È cosa notabile che Santa-Cruz dettando queste disposizioni nel 1836 modificò in questo punto le disposizioni del codice che egli stesso aveva nel 1830 dato alla republica Boliviana, e dal quale in gran parte estrasse il codice Peruviano. Infatti in quello di Bolivia, che nell' art. 575 trovasi quasi testualmente conforme all' art. 495 del Perù, mentre si legge la stessa distinzione fra sorpresa in atto carnale e sorpresa in atto preparatorio, la scusa è concessa al solo marito e non alla moglie. Il Portoghese del 1852 che puniva il marito uccisore con soli sei mesi di esilio, estendeva uguale scusa ancora a favore della moglie, ma soltanto nel caso in cui avesse ucciso la concubina tenuta dal marito nella casa conjugale od il marito sorpreso con quella: e forse questa distinzione non è priva di senso giuridico. Il Belga del 1867 all' art. 413 ammette la scusa della sorpresa in adulterio tanto a favore del marito quanto della moglie; e non distingue se la sorpresa avvenne entro o fuori della casa conjugale. In ciò il medesimo ha adottato i principii che virilmente si propugnarono da Ferrao (*theoria de direito penal portoguez vol. 7, pag.* 143) che ravvisando la scusa della donna nella sola offesa alla fede conjugale indipendentemente da ogni accessorio riguardo al domicilio o alla

continuazione, dimostra doversi accordare la scusa alla moglie anche nel caso in cui le verrebbe negata la querela di adulterio contro il marito per ragione della accidentalità dell' offesa.

(2) Il caso dello estraneo che si faccia esecutore della vendetta maritale in occasione di sorpresa in flagrante adulterio ed il caso del figlio dell' offeso marito che per ordine di questo abbia in simile occasione ucciso il drudo e la propria madre o matrigna, presentano differenziali notevolissime. In quanto allo estraneo il caso è semplice. Trattasi di uno che in persona propria non avrebbe ragione di scusa, ma che vuole accattarla dalle condizioni tutte personali del suo socio, del suo istigatore, o di chi a lui diede l' ordine. Al contrario nella ipotesi del figlio la questione è complessa. Oltre a presentarsi nel primo punto di vista generale della comunicabilità della scusa, essa offre un secondo punto di vista speciale; ed è quello della teorica generale in ordine alla influenza del comando paterno sulla imputabilità dello agente. E in questo secondo punto di vista la ricerca rientra nella teorica della così detta *coazione impropria* desunta dall' autorità domestica che già (§. 312.) esaminammo a suo luogo, e che alla precisa materia della questione presente viene latamente contemplata ed applicata dallo Harpprecht *disp.* 1, *n.* 341 *et* 345. Ma inoltre in questa ipotesi la questione presenta un terzo punto di vista pur esso distinto: e deriva dalla situazione personale dello stesso figlio, il quale come membro della famiglia se non ha uguali diritti a causa della impudicizia della femmina, ha però anch' esso ragione di commuoversi pel disonore che alla famiglia risulta e pel danno che a lui stesso arrecherebbe la intrusione in quella di una prole illegittima a pregiudizio dei diritti proprii: dal che sorge evidente da lato alla onta del marito, e da lato al comando, anche la miscela di una scusa tutta personale allo agente. A queste specialità non avvertirono coloro che vollero estendere allo estraneo le disposizioni dettate dalle leggi Romane *filiis qui*

patri paruerunt, e stabilire quella regola che generalmente (Mullero *promptuarium verbo adulterium n.* 30 *et ibi cit.)* espressero: *Moritus uxorem adulterumve occisurus, recte sibi satellites jungit, quibus hoc impune est; nec non cedem alteri mandare potest.* Regola effrenata di troppo.

(3) Per l' insegnamento dei pratici la scusa concessa in codesto caso al marito, si volle estesa anche allo *sposo:* Harpprecht *in* §. 5 *inst. de publicis judiciis n.* 209: e lo argomentano dalla *leg.* 13, §. 3, *ff. ad legem Juliam de adulteriis.* In faccia alle tassative parole dei codici odierni io non crederei che il caso dello *sposo* potesse portarsi sotto la speciale disposizione dell' articolo che contempla il marito; come il caso dell' *avo* non cade sotto la lettera di un articolo che contempli il *padre.* Ma che perciò? I giudici vi troverebbero un caso di provocazione per ricondurlo sotto l' articolo che definisce la scusa con questa formula; e si metterebbero sotto i piedi la esattezza della tecnologia, piuttosto che mettersi sotto i piedi la giustizia; e farebbero bene. Ciò mostra di nuovo che la scusa speciale del *giusto dolore* non è in sostanza che una forma di *provocazione.* La disputa relativa alla ammissibilità della scusa in favore della *moglie* si agitò anche fra i pratici: per l'affermativa (modernamente sostenuta da Boeresco *traité comparatif des délits et des peines* §. 67, *pag.* 144) si pronunciò Farinaccio *(quaest.* 121, *p.* 2, *n.* 120) il quale non si dimostra alieno dall' accordare anche la impunità quando la druda fosse *persona vile;* per la negativa assoluta il Deciano *(tract. lib.* 9, *cap.* 15, *n.* 39) ed il Leyser *(spec.* 578, *med.* 12) il quale però ammette che per un riguardo alla *giusta ira* possa irrogarsi alla moglie una pena *prossima alla morte.*

Non mancano pratici che abbiano estesa la scusa anche al *fratello* il quale abbia ucciso lo stupratore della sorella: Harpprecht *ubi supra n.* 196 *in fin.* — De Angelis *de delictis pars* 1, *cap.* 5 — Giurba *cons.* 86 — Sanfelicio *dec.* 264.

§. 1328.

Limitano poi la scusa in ordine al *tempo* richiedendo che la strage sia commessa nel *momento stesso* della sorpresa. Tale è il senso rigoroso della parola *flagranza* (1). Ma anche qui io penso doversi, piuttosto che alla corteccia delle parole, guardare allo spirito della regola. Basterà che non vi sia stato tra il momento della scoperta e il momento della strage, un intervallo sufficiente per riflettere e dar luogo alla calma della ragione. Basterà che non siasi agito per meri dubbii o sospetti, ma per una fatale certezza, ed all' istante medesimo nel quale la certezza si acquistò. Negherebbesi (a modo di esempio) la scusa al marito che sorprendesse (2) l' adultero quando esce in sul mattino dal quartiere della donna, perchè l' adulterio non è flagrante? Negherebbesi la scusa al marito che sorprende il drudo, entrato allora in camera della donna, perchè l' adulterio non è ancor consumato (3)? Io non lo credo.

(1) Nel linguaggio del giure comune dicevasi che la uccisione dell' adultera doveva esser fatta *in continenti*. Disputano i dottori sul significato di questa parola. Non poteva intendersi *perdurante* l' adulterio. Fu intesa nel senso di *illico*, senza dilazione. Il Carpzovio (*pars* 1, *quaest*. 31, *n*. 10) seguendo la *leg*. 32 *ff*. *ad leg*. *Juliam de adulteriis*, lo estese anche a qualche ora d' intervallo se la donna era fuggita, e il marito l' aveva inseguita, e più tardi raggiunta, ed uccisa sempre sotto l' impulso del dolore; *dicitur* in continenti *quod fit uno impetu licet duret per horas:*

Caballo *res. crimin. cas.* 300, *n.* 23. È chiaro che la formula *in continenti* ha un senso quando è applicata alla provocazione ed al giusto dolore, ed un senso diverso quando è applicata alla necessità della difesa. Vedasi Niccolini *quistioni di diritto part.* 3, *concl. XIII*, il quale estende la scusa alla *quasi flagranza.*

(2) Parecchi commentatori Francesi hanno sostenuto che le disposizioni escusanti di quel codice devono intendersi ristrette al solo caso di una sorpresa improvvisa: chè se il marito abbia teso aguato alla donna per sorprenderla in adulterio, ed avendola colta l'abbia uccisa, negano ogni scusa e vogliono sia punito per omicidio premeditato. Questa interpetrazione ohe incontrò favore nella dottrina oltre a non avere (a parer mio) sufficiente base nella lettera della legge perchè la parola *sorprendere* vuole essere intesa oggettivamente e non soggettivamente; è poi assolutamente esorbitante. Riduce il marito alla impossibilità di vigilare la moglie, e non avverte che questo è un diritto incontrastabile: ed assimila i sospetti ed i dubbi ad una certezza, disconoscendo affatto contro la natura delle cose che la commozione dell' animo del marito ed il suo risentimento sono ugualmente giusti tanto se egli abbia quanto se non abbia preveduto il proprio scorno. Perciò con maggiore senso di giustizia i giurati disprezzano questa dottrina, come ne fa testimonianza il caso riferito dal giornale le *Droit n.* 288 del 1854, ove si riferisce un vèrodetto assolutorio di un marito che simulando un' assenza si era nascosto per sorprendere la moglie e sospettando che ella giacesse con l' adultero era piombato sopra loro ad uccidere. Tale preordinamento era confessato, ma i giurati assolvettero, e la loro sentenza fu come narra il giornale, *accueillie par des nombreux applaudissements dans l' auditoire.* Certe dottrine possono con sottile dialettica sostenersi da severi intelletti ma non si riuscirà mai ad incarnarle nel senso morale del popolo.

Sembra che gli antichi Francesi fossero a questo proposito meno rigorosi che i moderni; perchè in mezzo ad un numero

grande di giudicati degli antichi Parlamenti (che si riferiscono da Henry *Oeuvres livre 4, chapitre 6, quest.* 65, e da Brillon *Dictionnaire des arrêts vol.* 1, *pag.* 90, *n.* 172) nei quali si ricordano parecchi casi di mariti che avendo ucciso le mogli ed i drudi in flagrante adulterio ottennero piena assoluzione salvo piccole indennità pecuniarie per essersi fatta giustizia da loro stessi, si registra il caso del signor *Pietro Imbert* avvenuto nella notte del 4 gennajo 1603; nel qual caso suscitavasi appunto identica questione. *Imbert* sospettando della sua moglie aveva simulato un viaggio. Poscia furtivamente tornato erasi con alcuni suoi arcieri nascosto in una casa vicina alla sua a Monbrison. Di là veduto infatti introdursi il drudo presso la moglie circondò la casa con i suoi armati ed uccise entrambo gli adulteri. La sua assoluzione incontrò qualche difficoltà perchè obiettavasi che egli aveva teso un aguato alla moglie ed aveva procurato egli stesso il male che poscia aveva punito. Ma in onta di ciò la Corte pronunziò *magis esse dolori indulgendum*, e assolvette così il marito come i suoi complici. Nota Henrys che fu processata anche la serva per titolo di lenocinio come rea di avere ajutato la introduzione del drudo; ma deplora che si mandasse anch' essa assoluta lochè dice egli fu di pessimo esempio: criticando così l' assoluzione della serva lenona e lodando l' assoluzione del marito omicida.

(3) Letteralmente insegnarono i pratici che il reperimento in flagrante adulterio ricorre ancora quando gli adulteri sono sorpresi *in praeludiis* o dopo la consumazione del turpe fatto: Deciano *tract. crim. lib.* 9, *cap.* 15, *n.* 15 *e* 16 — Grantzius *de defensione inquisitorum pars* 2, *pag.* 134, *n.* 169 — Farinaccio *quaest.* 121, *n.* 115 — Caballo *loc. cit. n.* 26. E si fermò la regola che dovesse scusarsi il marito *undecumque, et qualitercumque ei de adulterio constet, dummodo illico post compertum adulterium interficiat.*

§. 1329.

E qui si riannoda la terza ricerca relativa alla *prova*. Nella quale certamente non si vorrà esigere una dimostrazione apodittica del turpe concubito; ma bisognerà contentarsi di una prova congetturale. E non si dovrà dimenticare mai che la scusa ha il suo unico cardine nello stato di animo dell' agente, e nella esaltazione che perturba la sua coscienza; onde non può restar senza peso la giusta credulità. Non dico già che debbano allentarsi le briglie ai pazzi furori di una gelosia sospettosa: ma neppure potrà il giudice ricercare la certezza con quell' istesso criterio con cui dovrebbe cercarla se si trattasse di condannare la donna accusata come adultera. In questa via si parerebbe a lui dinnanzi la nota regola *in dubio pro reo,* e qualunque possibilità d' innocenza dovrebbe bastargli ad assolvere la donna. Ma quando trattasi di condannare il marito alla pena ordinaria dell' omicidio la regola si ritorce. La regola che la giusta credulità basti a scusare il marito trovasi nettamente sanzionata: Harpprecht *decis. crim. decis.* 93, *n.* 56, *pag.* 827, e al *n.* 63 *et* 79 *pag.* 829 *et seqq.* ove conclude che a scusare il marito *sufficit adulterium saltem praesumptive commissum* (1). In una parola la questione della prova è delicatissima: non può soggettarsi a regole positive: la prudenza del giudice è tutto.

(1) Lo stesso insegna Cramer *Observationum vol.* 3, *observ.* 904.

§. 1330.

Il codice Toscano non ha in nessun luogo fatto parola di *giusto dolore*, nè preveduto alla materia dell' omicidio alcuno dei tre casi esposti nel presente titolo. Qual fu dunque il pensiero del nostro legislatore? Volle esso inclusi codesti tre casi sotto la formula della *provocazione*, e volle così punire con la casa di forza il marito uccisore dell' adultero? oppure volle che a cotesti casi provvedesse il disposto degli articoli 34 e 64? Il primo concetto sarebbe esorbitante di rigore; bisogna dunque accettare il secondo per non essere ingiustamente crudeli: e così farà mestiero ai giudici di dichiarare che il marito divenuto omicida in sì doloroso frangente non ebbe *coscienza dei suoi atti, e libertà di elezione*, se vuolsi pronunciare l' assoluzione: o bisogna dichiarare che fu *vicino a cotesto stato* se vuolsi infliggere mite castigo: avvertendo peraltro che quando anche i giurati abbiano dichiarato constare di quello stato vicino alla mancata coscienza, rimarrà sempre in balìa dei giudici di disconoscere le condizioni escusanti; ed infligger sempre la pena ordinaria della casa di forza. E tale sentenza sarebbe incensurabile, poichè l' articolo 64 non fa che autorizzare la degradazione della pena, anzichè prescriverla come imponeva la scienza, e come la prescrivono i migliori codici di Europa. Tali sono le conseguenze dell' ostracismo che nel codice Toscano si volle dare a quanto apparteneva all'antica tecnologia criminale.

T I T O L O III.

Impeto di paura.

Omicidio per eccesso di difesa.

§. 1331.

L' *impeto di paura* rappresenta uno stato particolare dell' uomo, distinto ugualmente dalla effervescenza dell' ira e dal semplice timore. È evidente non solo la prima differenza ma anche la seconda; e viene ad esprimersi dal confronto delle due parole, *paura (pavor, effroi, espanto, fright)* e *timore (timor, crainte, temor, fear)* nel comune linguaggio. Il *timore* rappresenta la ragionata apprensione di un pericolo che lascia libera tutta la energia dei movimenti del corpo; che permette alla mente di osservare e calcolare le condizioni di un fatto. All' uomo che teme si ha ragione di chiedere conto esatto delle cause che egli ebbe di temere, e delle determinazioni che egli prese, e della via che egli scelse per coteste cause. La *paura* invece rappresenta una impressione dell' animo che violentemente agisce su tutti gli organi corporei, spingendo a moti inconsiderati e talvolta folli; disturba tutte le facoltà interne dell' uomo che n' è colpito, gli altera la percezione, gli travolge il giudizio; e rende macchinale e spesso insensata la sua determinazione. Male a chi

è colpito dalla paura si chiede conto di ciò che giudicò e di ciò che fece, poichè egli non seppe nè ciò che giudicava nè ciò che faceva: nè può chiedersegli conto della paura che lo colpì, poichè non dalla volontà sua ciò dipese, ma dalle condizioni esteriori nelle quali fu balestrato o per altrui malizia o per caso di nemica fortuna. È la condizione innormale dell'uomo che sentendo gridare al fuoco si getta dal terzo piano e va incontro a morte certa, mentre avrebbe avuto tempo di uscire tranquillamente dalla casa che ardeva: dell'uomo che vedendo corrersi incontro una carrozza precipitoso traversa la via e va a gettarsi sotto i piedi dei destrieri sbrigliati: è in una parola la condizione di un uomo che più non riflette, perchè ogni funzione così del corpo come dell'animo suo è disturbata da una forza irresistibile.

§. 1332.

Quando pertanto si cercano le regole teoriche per definire i termini dell'*eccesso di difesa* (1); quando si discutono nei casi pratici le sue applicazioni; quando si dettano le relative sanzioni legislative; bisogna non dimenticar mai la notabile differenza che intercede fra questi tre diversi stati dell'animo, *ira, timore*, e *paura*. Lo aver confuso troppo spesso l'ira col timore portò altresì a confondere la *provocazione* con lo *eccesso di difesa*. Lo aver confuso il timore con la paura portò a dettare per l'*eccesso di difesa* delle regole e delle limitazioni che possono riuscire ingiuste quando il primo stato dell'animo abbia trasmodato nel secon-

do. L' *impeto d' ira*, benchè sia succeduto al timore, non permette altri termini che quelli della *provocazione*. Il timore che abbia assunto i prepotenti caratteri della *paura*, non permette altri termini che quelli del *moderame*. I termini dell' *eccesso di difesa* non sono veramente adattabili che al *timore;* vale a dire a quel moto di animo che si eccita per la presenza di un pericolo, ma che permette libera azione agli organi corporei, e libero esercizio alle funzioni dell' animo.

(1) Bibliografia — Bossio *de homicidio n.* 82 *ad* 93 — De Angelis *de delictis pars* 1, *cap.* 73 — Carpzovio *practica criminalis pars* 1, *quaest.* 29 *ad* 31 — Struvio *in tract. de vindicta privata cap.* 4 *usque ad* 9 — Rendorp *de jure necessitatis* — Van Eys *de vindicta privata* — Van Lennep *de moderamine inculpatae tutelae* — De Man *de vindicta privata* — Grantzius *de defensione reorum vol.* 2, *cap.* 6, *pag.* 174 — Grotius *de jure belli lib.* 3, *cap.* 1, §. 2, *n.* 11 — Ziegler *ad Grotium lib.* 2, *cap.* 1, §. 4 — Broucke *de defensione necessaria* — Collard *de moderamine inculpatae tutelae* — Marchand *de moderamine* — Uvries *de naturali sui defensione* — Verschner *de moderamine inculpatae tutelae* — Venema *de casu extremae necessitatis* — Berner *de impunitate propter necessitatem* — Germighausen *de violenta defensione privata* — Geesteranus *de justa defensione* — Marseu *de justa sui defensione* — Bocero *de duello lib.* 2, *cap.* 10 — Gayllio *de pace publica lib.* 1, *cap.* 16 — Damhouder *prax. crim. cap.* 36 — Hartmanno Pistor *observ.* 125 *et* 177 — Berlichio *pract. concl. pars* 4, *concl.* 18 — Ayrer *de homicidio necessario pars* 1, *n.* 392 *et seqq.* — Harpprecht *in* §. 5 *inst. de publ. judic. n.* 113 *ad* 184 — Linglois *decis. justin.*

n. 21, *quaest.* 8, *n.* 2 *et seqq.* — Fachineo *lib.* 1, *controv.* 32 — Caballo *de omni genere homicidii n.* 92 *ad* 104; *et resol. crim. cas.* 248, *n.* 29 *ad* 36 — Bertazzolo *cons. crim. cons.* 27 — Farinaccio *quaest.* 125, *p.* 6 — Claro §. *homicidium n.* 34 *et seqq.* — Renazzi *lib.* 4, *par.* 4, *cap.* 1, *n.* 5 *et* 6 — Kock *inst. jur. crim.* §. 447 *ad* 453 — Ala *fòro criminale tomo* 2, *pag.* 112 *a* 135 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 5, *n.* 10 *ad* 17 — Paoletti *lib.* 3, *tit.* 9, §. 4, *pag.* 159 *ad* 162 — Poggi *lib.* 3, *cap.* 2 — Carmignani *elem.* §. 979 — Giuliani *tom.* 1, *pag.* 184 *a* 186; *e tom.* 2, *pag.* 290 *a* 296 — Puccioni *Saggio pag.* 464 *e segg.* — Niccolini *quistioni di diritto part.* 2, *concl.* 25, 26, 27.

§. 1333.

I giuristi sudarono per cento modi nello intento di costruire una teorica nell' eccesso di difesa. Difficile era l' assunto, come difficile è sempre costringere in un letto di procuste un giudizio che dipende dalle variabilissime e proteiformi circostanze del fatto. Ma nel difficile assunto ulteriori difficoltà si crearono per la incompleta determinazione del principio che doveva porsi come costitutivo delle condizioni giuridiche del moderame. Tra le diverse dottrine suggerite in questa materia prenderò ad esame le due principali per mostrarne la insufficienza. L' una è quella che vuole si distingua tra eccesso nella *causa*, eccesso nel *modo*, eccesso nel *tempo*: l' altra è quella che vuole si distingua tra eccesso nel *moderame*, ed eccesso nella *difesa*. A queste due teoriche feci atto di ossequio nella *parte generale* al §. 308 a 310; poichè la loro ana-

lisi e conseguente confutazione esigeva che si fossero prestabilite le nozioni dell' omicidio e della provocazione. Adesso è tempo di vederle più addentro, e mostrarne la insufficienza al bisogno.

§. 1334.

Prima teorica — Trova e distingue l' eccesso nella *causa*, nel *modo*, nel *tempo* (1).

Eccesso nella *causa* si disse intervenire — 1.° quando colui che invocava il moderame era stato il primo autore della rissa; inquantochè egli con lo aggredire e violentare per il primo l' ucciso aveva condotto questi a reagire, e così porre in pericolo la di lui vita. Quantunque questi quando ammenò il colpo mortale fosse veramente nell' attuale pericolo di vita, pure cotesta sua condizione non gli si valuta, perchè egli stesso ne fu causa con la ingiusta aggressione (2). Ma era egli esatto dire che in cotesto caso ricorrevano i termini dell' *eccesso?* A me pare assolutamente che no, perchè il concetto giuridico dell' eccesso è quello di un omicidio sempre e notabilmente scusabile; perchè mentre non presenta condizioni tali da andare esente d' ogni pena, merita peraltro di esser tenuto come minorato nella sua forza morale. Ora in questa prima fattispecie dell' eccesso nella causa i pratici dicevano doversi infliggere la pena ordinaria; e dicevano bene: ma dunque non è questo un caso di *eccesso*. È un caso in cui mancano le condizioni tutte della legittimità. È l' assassino che fa rimprovero alla vittima di essersi (benchè pur troppo inutilmente) difesa dal suo

pugnale. Se la vittima trionfava nella repulsa uccidendo lui, avreste detto lei essere nelle condizioni della legittima difesa: come dunque potete dire che nell' aggressore da cui essa fu uccisa vi era eccesso di difesa? Qui evidentemente si confondono i termini della assenza totale di scusa, coi termini della minore efficacia della scusa.

(1) Vedasi Carpzovio (*pract. crim. quaest.* 29, 30, *et* 31) che ho tolto a guida esclusivamente nell' analisi di questa prima teorica.

(2) Al §. 297. esponendo i requisiti della coazione, là dove accennai che il male minacciato doveva essere *ingiusto* riunii due casi che sono però differentissimi. Il male non è *ingiusto* quando *juste minatur* cioè tutte le volte che la legge mi comanda di sottostare ad un male o di espormi ad un pericolo. Ciò procede nel già addotto caso del condannato a morte o del carcerato, e procede pure nel caso del soldato il quale non potrebbe dedurre di avere agito per salvare la vita quando abbandonò il suo posto dove la legge gli comandava di stare. Differisce dal timore *ingiusto* il timore non *irreprensibile* (non *incolpato*, non *sine culpa*) che ricorre allora quando il male minacciato sia *ingiusto*, e respettivamente sia *giusto* il timore nel momento in cui si agì; ma possa rimproverarsi a chi si trovò in quel pericolo di avere agito *reprensibilmente* quando vi si espose, ossia quando diede opera a quel fatto che lo condusse nel frangente di quel pericolo. La differenza notabilissima è questa: che nel primo caso, quando cioè il male minacciato era *giusto* sparisce affatto non solo il *moderame*, ma anche lo eccesso di difesa. Al contrario nella seconda ipotesi quando il male era nella attualità minacciato *ingiustamente*, ma peraltro era *reprensibile* chi lo patì per esservisi volontariamente esposto cessa il moderame completo, ma può rimanere la scusa dello *eccesso di difesa*. Questo poi

dipende alla sua volta dal determinare se per effetto di quella *reprensibilità* del primo atto ne sia derivato che il male attualmente minacciato da colui che fu ucciso era o no divenuto *giusto*. Se quel male si minacciava *giustamente* sparisce ogni scusa: se si minacciava ingiustamente la scusa rimane; ma a cagione della *reprensibilità* precedente non si applica il moderame ma soltanto lo eccesso. Così finchè il proprietario sorprendendo il ladro vuole ricuperare la roba, o arrestare il ladro per darlo in mano della giustizia minaccia un male *giusto*; e perciò se ad evitarlo il ladro uccide il proprietario non merita scusa. Ma quando il proprietario vuole uccidere il ladro o l' adultero sorpreso agisce *ingiustamente* perchè la legge non comanda a colui di lasciarsi uccidere come gli comanda di restituire l' altrui o di subire le conseguenze di giustizia per il proprio reato: laonde egli sarà scusato: ma perchè vi fu *reprensibilità* nel suo primo fatto, egli non sarà *sine culpa*, non gli si darà la dirimente della *inculpata* tutela. Si dirà invece che vi fu eccesso e gli si applicherà la conseguente mitigazione di pena. Di qui la regola che lo aggressore non possa dedurre la reazione dello aggredito ed il pericolo che a lui ne sovrastò, come ragione di scusa: perchè lo aggredito respingendo l' aggressione di lui agiva *giustamente*, e perciò non può neppure parlarsi di *eccesso* a favore di chi col minacciare la vita altrui condusse la propria ad imminente pericolo. Anche questa formula, che esattamente corrisponde a molti casi, può a prima vista sembrare inesatta in alcuni, e specialmente nel caso dello innocente che reagisca contro lo innocente. Nella celebre ipotesi tanto discussa dai pubblicisti dei due naufraghi dei quali l' uno affoga l' altro lottando per aver solo la tavola che non poteva salvare ambedue dal naufragio la *giustizia* è relativamente allo agente (subiettivamente) in ambedue; ma non vi è obiettivamente; perchè se l' uno aveva diritto di irrogare quel male l' altro non aveva dalla legge l' obbligo di tollerarlo: quindi si scioglie il caso col criterio della *irreprensibilità*.

§. 1335.

Si disse pure eccesso nella *causa* — 2.° quando alcuno ingiustamente aggredito e posto in necessità di uccidere aveva per fatale equivoco colpito ed ucciso non l'aggressore, ma un terzo o mediatore o spettatore innocente. Di tale fattispecie dirò (come ho promesso) in fine del presente titolo. Ma intanto voglio avvertire che niente ha qui che vedere la formula eccesso di difesa ed eccesso nella *causa*. Se l'innocente fu ucciso dall'aggredito perchè diresse appositamente contro di lui i suoi colpi credendo che anch'egli fosse uno dei suoi assalitori, l'eccesso non è nella *causa*, che pur troppo era subiettivamente *giusta*, *grave*, *inevitabile;* ma è nell'*oggetto* della reazione. Se invece vi fu deviazione di colpo per mera precipitazione e disavvertenza sorgono i termini della colpa caduta in un atto lecito. Ma ad ogni modo come poteva insegnarsi che questo era un eccesso, quando si concludeva con la formula *plane non puniendus?*

§. 1336.

Si disse eccesso nella *causa* — 3.° quando si era ucciso prima dell'aggressione soltanto per un sospetto (1), o per minaccie a parole. Ma anche qui non sorge davvero la nozione dell'*eccesso*, poichè il pericolo non è ancora cominciato. O si avrà un omicidio provocato, o si avrà un omicidio senza scusa secondo i casi; ma sarà sempre un linguaggio inesatto parlare

di *eccesso di difesa*. Che se il sospetto sarà pur troppo ragionato, e le minacce con armi imminenti, avremo le condizioni del *moderame* per questo lato, e non dell' *eccesso;* perchè a difendermi io non devo aspettare di esser ferito, *nemo tenetur expectare donec percutiatur:* Cramer *observat. jur. univ. obs.* 1329, *vol.* 5, *pag.* 145.

(1) La questione della *difesa preventiva* ed il dubbio se possa o no ammettersi come legittima si è contemplato già da Puffendorf e da Barbeiyrac, e più modernamente da Dalloz *deuxième edition mot crimes contre les personnes n.* 225. Questa ipotesi è assai difficile ad ammettersi nella società civile essendo aperte cento vie innocue onde prevenire un' aggressione futura per quanto ragionevolmente temuta. Bene disse Cicerone nella Orazione *pro Marco Tullio* in un frammento conservatoci da Quintiliano — *Quis hoc statuit umquam, aut cui concedi sine summo omnium periculo potest, ut eum jure potuit occidere a quo metuisse se dicat, ne ipse posterius occideretur?*

§. 1337.

Si disse finalmente eccesso nella *causa* — 4.° quando si era ucciso per sola reazione contro una offesa all' onore o alla roba (1). Ma è chiaro per le cose già dette che qui possono aversi i termini della *provocazione*, non già quelli dell' eccesso di difesa: nozioni che vogliono essere perpetuamente distinte, benchè si trovino dai pratici frequentemente confuse.

Concludo su questa prima parte della teorica, che se vuol trovarsi un vero eccesso di difesa nella *causa*,

non può configurarsi in altro se non che in un omicidio commesso con tutti i requisiti *attuali* del moderame; ma nel quale il pericolo dell' omicida era stato cagionato da un atto suo in qualche modo riprovevole od imprudente, non però da una sua aggressione.

(1) Le leggi barbariche ammisero come legittima anche la difesa della *roba*. Questo punto storico si illumina con grande acutezza da Montesquieu *(Esprit des lois liv. XXX, chap. XXIX)* il quale avverte che dovette farsi così, perchè le pene barbariche consistendo in una composizione coi parenti dell' ucciso era immorale e repugnante che ai congiunti del ladro si accordasse in certa guisa un premio per il furto tentato dal congiunto loro. Perciò la legge Bavara andò fino a punire i congiunti che avessero preteso la composizione dal proprietario uccisore. La legge dei Turingi *(lex Anglorum et Werinorum tit. 7*, §. 4) accordava soltanto ai congiunti dell' ucciso la facoltà di sostenerne la innócenza mediante duello.

§. 1338.

Si disse eccesso nel *modo* — 1.° se non vi era la eguaglianza delle *armi* fra l' aggressore e l' aggredito. Idea ridicola; sì perchè l' aggredito usa nelle necessità sue quell' arme che prima l'occasione gli porge; sì perchè un feroce aggressore può uccidermi anche con un bastone, ed anche con le robuste mani di cui mi cinga la gola. Come può definirsi una regola sulla proporzione (1) delle armi?

Si disse eccesso nel *modo* — 2.° quando si era ucciso per repulsa di uno schiaffo. Duplice equivoco: sì perchè ciò in ogni ipotesi avrebbe appellato alla *causa*

e non al *modo;* si perchè ciò sviluppa la provocazione, non l'*eccesso di difesa.*

Si disse eccesso nel *modo* — 3.° quando l'aggredito poteva utilmente fuggire, ma preferì piuttosto di starsi, e resistere. E questo veramente è uno dei casi proprii nei quali si configura l'*eccesso di difesa.* Caso nel quale sorge la trita questione sull'obbligo o no di fuggire (2) intorno a che altrove (§. 308) già detti cenno.

(1) Moderarono però i pratici la pretesa regola della proporzione dell'arme dicendo che non dovea cercarsi la *proporzione aritmetica.* Vedasi Grantzio *de defensione reorum vol* 2, *pag.* 183 — Struvio *de vindicta privata cap.* 4, *aph.* 6, *n.* 4; ma soltanto la *proporzione geometrica.* La ragione concludentissima, quantunque un poco triviale, che posero innanzi gli scrittori per giungere a codesta apparente benignità, si fu quella che l'aggressore non manda ad avvertire lo aggredito con quali armi lo aggredirà. Questa ragione però portava diritto a non cercare nè proporzione aritmetica, nè geometrica. Dato il diritto di difendersi, ognuno si difende come può. Il completo moderame può concorrere anche in faccia ad un aggressore inerme, ed a favore di un aggredito che fosse munito di arme. Posto in fatto che l'aggredito non potesse fuggire, perchè già afferrato da nemici superiori a lui o per forza o pèr numero che tentavano disarmarlo, diviene ridicolo obiettargli che a torto usasse dell'arme contro di loro perchè questi fossero inermi. Esclusa la possibilità della fuga che doveva far egli? Evidentemente egli era in questo bivio: o *usare dell' arme*, o lasciarsi *disarmare.* Terzo termine non vi era. Ma se egli non usava dell'arme ed i suoi aggressori lo disarmavano, non è egli evidente che la situazione si rovesciava e che egli si trovava alla sua volta inerme in balìa

di aggressori armati? Non avrebbero questi usato dell'arme ritolta a danno di lui? Ricorrono i termini della imminenza inevitabile anche quando è imminente lo armarsi dello aggressore; ed è ingiusto favellare di eccesso. Tutto dipende in queste ricerche dalle speciali circostanze del caso, ed è pericoloso prestabilire dei dogmi generali a priori, e pericolosa sovratutte la regola della proporzione delle armi. Se vi è un domma che possa dirsi assoluto egli è quello che in ogni caso di dubbio si deve sempre propendere a favore dello aggredito: Berlichio *practicarum conclusionum pars 4, conclus. 14, n. 13* — Richter *velitat. accadem. 40, de homicidio thes. 49.*

(2) Concorde è la dottrina che non incomba obbligo di fuggire a chi per l'ufficio che esercita ha l'obbligo di stare. Questa verità si applica al servo preposto dal padrone a guardia delle cose sue; al soldato in sentinella; all'ufficiale che esercita atti del suo ministero; al vassallo che sta a difesa del suo signore; e simili: Bocero *de bello et duello lib. 2, cap. 10, n. 53, pag. 291* — Grantzio *de defensione reorum vol. 2, pag. 184, n. 376 et seqq.* Ed io per due volte ottenni la dichiarazione del completo moderame malgrado la possibilità della fuga apertamente concordata nello uccisore, movendo appunto dalla necessità di stare. Il primo caso fu quello di un proprietario che andato a vigilare nel suo campo notturnamente una mucchia di grano, munito di un archibugio carico a minuto piombo aveva veduto giunger colà il temuto danneggiatore. Esso lo aveva sgridato affinchè si ritirasse, ma quello invece di fuggire gli si era fatto addosso a mano armata, e vistolo appresso a sè il proprietario gli aveva esploso contro le gambe. La possibilità della fuga al primo comparire del ladro era incontrastabile. Ma se il proprietario che guarda la sua roba deve fuggire appena vede comparire i ladri, è inutile che vada a guardarla. Lo *stare* è legittimo perchè s' insiste sulla giusta difesa della proprietà, e ciò non può essere rimproverato come imprudenza: e se poi il ma-

landrino sostitnisce l' aggressione della persona alla aggressione della proprietà, ed in questo secondo attacco diviene malagevole la fuga, non si modifica la situazione del secondo momento per la situazione del primo. Il secondo caso fu quello di una guardia giurata che sgridando alcuni danneggiatori da lui sorpresi nei campi del suo padrone era stata da questi aggredito a mano armata e ne aveva ucciso uno. A lui pure si diceva con verità che avrebbe potuto fuggire. Ma se un uomo investito dalla autorità dell' ufficio di difendere dai ladri le proprietà private ha debito di fuggire quando le vede invadere dai malandrini, l' ufficio di guardia diviene una derisione. In entrambo questi casi giustamente i Magistrati si ricusarono a ravvisare un eccesso, ed ammisero il moderame malgrado la possibilità della fuga. La questione della fuga si è di nuovo trattata recentemente da Le Sellyer *traité de la criminalité*, *Vol.* 1, *n.* 155, 173.

§. 1339.

Si disse finalmente eccesso nel *modo* — 4.° quando opponevasi al giudicabile che egli quantunque stretto dalla necessità di salvarsi, aveva all' aggressore recato un male maggiore di quello che sarebbe bastato alla sua salvezza. Voi uccideste, e bastava ferire: voi vibraste il colpo nel petto, e bastava nel braccio. Dottrina d' impossibile applicazione e falsissima. Già i pratici la ridussero a niente, osservando che i colpi non possono darsi *ad mensuram*. Ma poi il vizio di codesta dottrina sta in ciò, che per la medesima si costituisce una eccezione che distrugge la regola. Vizio logico radicale: perchè se la eccezione distrugge la regola vuol dire che la regola non più esiste; ed allora non esiste neppure la eccezione; cioè non esiste nè regola

nè eccezione, e tutta la teorica è falsa. Ora io dico che cotesta eccezione distrugge la regola perchè assolutamente non vi è caso nel quale il pericolo non sia bastantemente rimosso col solo rompere allo aggressore un braccio, o meglio una gamba. Anzi con questo modo la difesa è più energica e pronta: perchè lo aggressore anche con una ferita letale nel polmone, o negli intestini può per qualche minuto durare la lotta ed aver tempo di uccidermi; mentre se io gli tronco una gamba, cade tosto in terra, ed è impotente a nuocermi. Ecco che in tutti i casi la morte dell' aggressore, è sempre un di più che può dirsi eccedente i bisogni della difesa: ed ecco perchè dico che la eccezione annienta la regola. Ma non si dee giudicare il risultato spesso fortuito ed imprevisto: ciò che dee giudicarsi è la reazione violenta dell' accusato. Se questa era legittima, ne avvenga che può non deve ascriverglisi a colpa se nel duro cimento diresse i colpi ove meglio poteva.

§. 1340.

Per ultimo si disse eccesso nel *tempo*, quando si era ucciso *dopo cessato il pericolo* (1). E qui di nuovo si cadde in errore, qualificando come eccesso di difesa quello che altro non era se non *provocazione*, o *difesa legittima.* Poichè se la supposta cessazione del pericolo di morte, realmente esistito, non si conobbe dallo aggredito, egli agì sempre senza coscienza di delinquere, e sotto l' egida del moderame. Se invece si conobbe dall' aggredito, egli non più agì per timore ma per vendetta e per ira: non è nelle condizioni del-

l'eccesso di difesa ma in quelle della provocazione. Uguale confusione trovasi qui nei pratici in proposito della parola *incontinenti;* formula che si ebbe un tempo come sacramentale in questa materia. S'immersero i pratici in una folla di distinzioni, ed andarono per diverse vie sul senso di codesta formula. Ma è intuitivo che la medesima non può avere un senso assoluto: essa varia secondo che si applica alla provocazione, o al giusto dolore, oppure alla difesa. Nel primo caso essa significa *subito*, immediatamente, senza intervallo; nel secondo caso essa significa e non può significare che *durante*, cioè mentre tuttavia continua il pericolo; lo che sarebbe assurdo se si applicasse allo insulto, o all'adulterio.

(1) Il Cepolla nei suoi consigli criminali (*cons.* 29, *n.* 27, e *cons.* 42, *n.* 5, 6, 7) distingue fra il caso dell'aggredito che dopo cessata l'aggressione insegue l'aggressore fuggente disarmato e lo uccide; e il caso di chi lo insegue ed uccide mentre fugge con le armi. Dice che il primo è in dolo: e il secondo in colpa, perchè l'aggressore benchè fuggente avendo sempre le armi poteva tornare indietro, e porlo in nuovo pericolo. Anche questa distinzione (quantunque sembri lodata da Farinaccio *quaest.* 125 *n.* 593) è inopportuna nella presente teoria. Tostochè l'aggressore fugge, si mostra soddisfatto e spoglio ormai di ogni disegno di nuocere: l'aggredito che lo insegue non agisce che per ira e vendetta. Avremo dunque le condizioni della provocazione; non quelle dello eccesso di difesa, perchè il timore non è che un vano pretesto. Ad ogni passo nello studio dei pratici ci si para innanzi questa perpetua confusione tra la *provocazione*, e l'*eccesso di difesa:* e si vede da loro noverare tra gli omicidii colposi non il solo

caso dello eccesso di difesa (lochè sta bene) ma anche l'omicidio provocato: Surdo *Consilia lib.* 1, *cons.* 40, *n.* 22 — Soccino *Consilia lib.* 2, *cons.* 36, *n.* 10. Il motivo di tale confusione l'ho chiarito nel testo (§. 1344): e questo motivo persuade che la scienza moderna non può assolutamente tener dietro agl' insegnamenti dei vecchi pratici nella definizione della difesa eccedente. Anche questa è una teorica che il progresso della scienza moderna vuole ricostruita sovra basi totalmente nuove. Ho detto qui *difesa eccedente* in luogo di *eccesso di difesa:* e confesso che di buon grado avrei voluto sostituire sempre quella formula a questa. La formula scusa *derivante* dall' eccesso presenta al mio orecchio una antinomia, e suona come una repugnante: laddove la formula *scusa per difesa eccedente* ha meno lo aspetto di una contradizione. Ma non ho avuto il coraggio d' innovare in un modo di dire così universalmente ricevuto. A questo pensiero mi condusse un giorno la osservazione di un giurato, il quale ingenuamente mi diceva: c' interrogano se vi fu *eccesso;* ma dunque quanto più troviamo grande lo *eccesso* tanto più tranquilli dobbiamo rispondere affermativamente. Noi giuristi abbiamo l' uso di accettare certe frasi per quel valore che ha dato loro la consuetudine forense: l' uomo ignaro le giudica col buon senso, e ne trae spesso un concetto difforme.

§. 1341.

Ecco in quali ambagi e contradizioni s' intenebrò la teorica della *causa*, del *modo*, e del *tempo;* la quale benchè in apparenza seducente facesse mostra di formulare un criterio sicuro per ogni caso di applicazione, finì col non darlo tale per nessun caso. Quindi i tentativi di altre teoriche.

Seconda teorica — Si distinse fra *eccesso nel moderame,* ed *eccesso nella difesa.* E codesta distinzione che dopo la giusta censura fattane dal Boehmero ad Carpzovium (nella *observ.* 1 alla *quaest.* 29 *pars* 1) sembrava ormai doversi tenere per condannata, si richiamò a vita dal Carmignani (§§. 207 *et* 979) e piacque al Giuliani (*vol.* 2, *pag.* 295) che soltanto modificò per esattezza di linguaggio la formula *eccesso di moderame* in quella di *difetto di moderame.* Secondo cotesta teorica dicesi eccesso nel *moderame* quello che si rappresenta dallo avere l'uccisore esagerato a sè stesso il proprio pericolo, o esagerato il bisogno della reazione; dallo avere in una parola agito pel solo effetto del timore e pel *fine di difendersi*, ma senza il pieno concorso *reale* dei requisiti del moderame. Dicesi eccesso nella *difesa* quello di chi da prima agì per solo impulso del timore, e sotto la presenza d'ingiusto e grave pericolo, ma che poscia trasmodò in un risentimento, e continuò ad offendere l'aggressore anche dopo quando costui era vinto, o disarmato, o fuggente; in una parola uccise quando già conosceva cessato il pericolo che precedentemente aveva esistito.

§. 1342.

Questa distinzione, la quale a me sembra non esprimere che una diversa formula di quello che gli altri chiamarono eccesso nel *tempo*, fu (come ho detto) censurata dal Boehmero, e con molta esattezza. Egli osservò esser difficile distinguere in diversi mo-

menti una lotta che non ebbe discontinuazione. E passiamo su ciò. Ma acutamente osservò che con tale distinzione si falsava intieramente il concetto dello eccesso di difesa, confondendolo con la provocazione. Il concetto essenziale dello eccesso di difesa è quello di una aberrazione colposa nel calcolo del proprio pericolo, e dei mezzi occorrenti a sottrarcene. Con queste parole del Boehmero, che io vorrei tramutare nella definizione teorica dello eccesso, se ne dà la vera idea distintiva, perchè si riporta il criterio alla genuina radice. Quando il pericolo è cessato, e l' aggredito (notisi bene) *conosce perfettamente* codesta cessazione di pericolo, e pur continua a reagire, non più il *timore* gli arma la mano, ma l' *ira;* non è veramente al fine di provvedere a sè stesso che si dirigono gli atti, ma al fine di vendicarsi e restituire male per male: non è in conseguenza una difesa eccedente, ma un reagire contro la provocazione. Provocazione veemente, straordinaria, gravissima, chiamatela come vi aggrada. Di cotesta provocazione gli effetti giuridici potete (se così vi piace) spingere eziandio alla completa scriminazione, quando trascini l' aggredito in un vero stato di furore transitorio. Ma sarà sempre *provocazione,* e niente di più; perchè la provocazione ha il suo carattere essenziale nell' affetto dell' *ira,* e lo eccesso di difesa ha il suo carattere essenziale nel *timore.* È il diverso affetto causativo dell' azione micidiale quello che delimita le due figure giuridiche. Se abbandonate questo criterio non trovate più linea di distinzione (1).

(1) Si dubitò se potesse stabilirsi un eccesso in ragione della *persona* dell' ucciso; perchè il diritto della propria difesa cessasse in faccia ad alcune persone per ragione dei loro vincoli con lo aggredito. Comunemente però si rispose non potersi trovare eccesso per questo lato, e doversi concedere il benefizio del moderame anche alla moglie contro il marito, ed ai figli contro i genitori. Sola eccezione rimase nella dottrina dei pratici verso la persona del principe. Vedasi Grantzio *de defensione reorum* — Strykio *vol.* 2, *diss.* 12, *cap.* 6, *n.* 81: e *cap.* 6, *n.* 333, *usque ad* 343. Ma anche questa eccezione, come bene era dovere, scomparve; e insegnossi comunemente *contra principem personam latronis induentem justam ac necessariam defensionem permitti:* Farinaccio *quaest.* 125, *n.* 34 — Claro §. *homicidium n.* 29 — Struvio *de vindicta privata cap.* 4, *aph.* 4 — Bachovio *ad Treutlerum vol.* 2, *disp.* 32, *thes.* 6, *let. F.* Tornando alla ipotesi della moglie che si difende dal marito è una elegante questione quella relativa alla donna sorpresa in adulterio. Per i principii generali essa trovandosi in colpa per avere cagionato il proprio pericolo non parrebbe meritare completa scriminazione; sebbene appo quelle legislazioni che per la sorpresa danno al marito non la libera balìa di uccidere, ma soltanto una scusa, anche la micidiale aggressione del marito debba dirsi rispetto agli adulteri *ingiusto*. Tale questione si è recentemente esaminata da Le Sellyer *traité de la criminalité, vol.* 1, *n.* 165.

§. 1343.

Se fate la ipotesi che, anche dopo cessato *in rei veritate* il pericolo, l' aggredito per un errato calcolo continui a credere la perduranza del medesimo, e prosegua a percuotere perchè prosegue (quantunque per errore) a temere della propria vita; allora sì (ed

allora soltanto) si potrà porre il quesito (1) se vi fosse difesa legittima, o piuttosto eccesso di difesa; perchè (come ho notato di sopra in proposito dell'eccesso del tempo) non tramuta la condizione giuridica anche il possibile aggiungersi di uno sdegno, quando il timore persevera, ed è causa primaria di azione. Ma quando si pone la ipotesi della cessazione totale di ogni credenza di pericolo proprio; quando si conducono gli atti sotto il fine non più di *respingere* ma di *reagire;* quando in una parola il solo motore degli atti deve trovarsi nell' *ira* perchè ogni trepidazione cessò, io stimo e stimerò sempre un errore parlare di eccesso di difesa; non si avrà che una forma di *provocazione.*

(1) La soluzione di codesto problema dipende dal calcolo della maggiore o minore *vincibilità dello errore*. Credetti perseverasse il pericolo e continuai la difesa, mentre viene a conoscersi poscia che il pericolo già era cessato. Sorgono allora due posizioni giuridiche contradittorie; delle quali l' una è *reale*, l' altra *opinativa:* la *reale* era quella del non concorso dei requisiti necessarii alla scriminazione: la *opinativa* era quella del pienissimo concorso di siffatti requisiti. In faccia alla propria coscienza l' aggredito è sempre innocente, perchè agì credendo far cosa lecita ed esercitare il supremo diritto della necessità. Non può farsi dunque questione della degradante desunta dalla *volontà*, poichè colui agì con coscienza di non delinquere. Ma è questione di degradante desunta dallo *intelletto*, poichè la coscienza di colui fu *erronea*. Valutando perciò le circostanze, deve il giudice istituire i suoi calcoli su codesto *errore:* escusante sempre; ma per via di sola minorazione se fu grossolano e facilmente vincibile, e per via di assoluta

scriminazione se, avuto riguardo alle condizioni nelle quali agitavasi l' aggredito, può qualificarsi come ragionevole e difficilmente vincibile.

§. 1344.

Qual è dunque il costrutto di questa paziente analisi, e del risalto da noi dato a tanti equivoci che s' incontrano ad ogni passo negli antichi scrittori su tale argomento? Il costrutto è che in questo argomento (come in tanti altri di materia penale, e per la stessa ragione che negli altri) la scienza odierna deve costruire su nuove basi la teorica, abbandonate affatto le iperboli, le ampliazioni, e la casuistica della vecchia pratica. Ciò che un tempo fu errore benefico e ispirato dalla umanità, diverrebbe oggi errore funesto alla scienza ed alla giustizia. I vecchi criminalisti scrivevano sotto leggi che l' omicidio volevano punito sempre di morte. Essi scrivevano sotto leggi che non sanzionavano mitigazioni per la *provocazione*. Questa era un' idea nascente, ad accogliere la quale si esitava; e spesso si accoglieva per lo effetto di punire l' omicida SOLAMENTE di morte, cioè della *poena gladii*, eliminata la morte con esasperazione di supplizio. In siffatta posizione i consulenti, e gli scrittori non potevano dunque contentarsi di stabilire in certi casi la *provocazione*, la quale arrecava un benefizio o incerto o leggiero. Bisognava andare più oltre che alla provocazione. Bisognava impropriare, allargare, esagerare la nozione dell' eccesso di difesa. Bisognava condurre il caso sotto la figura della colpa, ed escludere il dolo. Ecco le po-

tenti ragioni, per le quali sotto cotesto incubo ed in faccia a cotesto fine, i pratici (già usi per identico motivo a giuocar di parole in tante altre questioni penali) vennero a confondere la nozione dell' eccesso di difesa per guisa da rendere la relativa teorica un inestricabile laberinto.

§. 1345.

Ma i criminalisti moderni che in questo (come in altri argomenti di giure penale) più non ragionano sotto l' incubo della mannaia; i criminalisti moderni, che studiano lo eccesso di difesa in faccia a codici, i quali debitamente concedono alla *provocazione* la sua larga parte di scusa; debbono tranquillamente ricondurre le regole ai loro termini esatti, e le nozioni al punto della loro verità. L' *eccesso di difesa* non può esser oggi altro che un errore di calcolo. Vi si mescoli pure lo sdegno inseparabile dall' umana natura; quello sdegno che accende un avvocato quando perora nella coscienza di sostenere un diritto; quello sdegno che accende il giudice nella coscienza di amministrare giustizia: vi si mescoli pure lo sdegno. Quando il motore non fu lo sdegno, ma il timore; quando si potrà esser certi per le circostanze del caso che l' uccisore non inferocì per vendetta, ma agì perchè credette queste due cose: che la sua vita fosse in pericolo; e che da questo pericolo ei non potesse sottrarsi tranne con l' uso della forza, e col ferire; saremo nei termini della difesa. La qual *difesa* sarà *legittima* se veramente i termini del moderame ricorrono almeno nella ragio-

nevole credulità dello agente; sarà *eccedente* quando alcuni ne manchino. Ma quando alcuno ne manchi appo il vero assoluto, dovrà sempre ricordarsi che chi convinto del suo rischio stimò necessità di reagire, agì con la coscienza *di far cosa legittima.* Ciò basta perchè nella vera figura dell' *eccesso di difesa* (nella sola che oggi possa riconoscersi come tale) non debba mai parlarsi di *dolo* (1). La coscienza della liceità benchè erronea, non si adatta assolutamente col dolo. A lei si accomoda tutto al più la figura dell' errore vincibile e della *colpa.* Ecco il vero e genuino concetto odierno dell' eccesso di difesa nell' omicidio, per il quale generalmente le leggi contemporanee degradarono anche di parecchie specie la pena; e per il quale altri codici contemporanei hanno rilasciato al prudente arbitrio del giudice punire, o non punire l' eccesso di difesa; e per il quale la sapienza dei giureconsulti alemanni, che composero il nuovo codice Prussiano del 1851, dettò l' assoluto precetto che mai non dovesse punirsi l' eccesso di difesa, ma nella impunità adeguarsi alla difesa legittima. Tale è la espressa regola che segnò codesto codice al §. 41, quantunque in altri punti mostrisi bastantemente severo: ed in ciò fu imitato dal codice Austriaco del 1852 al §. 2, let. g. il quale espressamente diede risalto al calcolo dello *sbigottimento, o spavento.*

(1) Il Kock (*Institutiones juris criminalis* §. 452) stabilì che per regola nell' *eccesso di difesa* non può configurarsi che la *colpa*, la quale potrà essere secondo i casi lata, leve, e levissima. Ne eccettua però un caso, e que-

sto è il caso di chi si è posto per un *fatto doloso* nella occasione di veder condotta a pericolo la propria vita, come il ladro o l' adultero nella sorpresa. A prima giunta questa conclusione apparisce dura, perchè il dolo configurato nel rubare, o nell' adulterare, troppo è differente dal dolo di uccidere per potervi applicare la teoria della colpa informata da dolo, che procede come vedemmo nell' omicidio preterintenzionale. Bensì a sostenere il concetto del dolo nel caso proposto può dirsi che il ladro e l' adultero andò a commettere codesto delitto col preordinato disegno che se fosse stato sorpreso avrebbe difeso la propria vita anche a dispendio di quella del padrone o del marito. Quando codesta idea potesse trovar base nel fatto, perchè (a modo di esempio) il ladro o l' adultero fossero andati già muniti di arme, io non troverei difficoltà a riconoscere un *dolo* nella difesa (per quanto attualmente necessaria) che in faccia all' aggressione del marito o del padrone fu fatta: perchè la previsione del pericolo, e la determinazione di sfidarlo per mezzo di un atto ingiusto e criminoso, può assumere la forma del dolo; come pure non può esser dubbio il dolo quando il ladro resista per conservarsi nel possesso della cosa rubata. Ben altro allora che eccesso di difesa: ben altro che quistione di dolo: saremmo nei termini di *furto violento*. Ma tranne circostanze sulle quali si consolidi siffatta idea, non mi persuade che il dolo relativo al furto si trasmuti nel dolo relativo all'omicidio. Contro la opinione di volo accennata dal Kock sorge il Winkler, che in una apposita dissertazione intitolata — *Furi cui furtum passus vim injustam infertur competit moderamen inculpatae tutelae* (*opuscula iuridica vol.* 1, *pars* 1, *cap.* 12) allegando ancora un giudicato della facoltà giuridica lipsiense dell' anno 1782, sostiene che anche al ladro sorpreso e posto a pericolo di vita dal proprietario, competa il moderame dell' incolpata difesa, purchè — 1.° abbia gettato la roba — 2.° abbia tentato la fuga — 3.° siasi raccomandato al proprietario, e questi non ostante abbia perseverato ad attentare contro la sua vita. La comu-

ne dei dottori ravvisa però anche in codeste condizioni un caso *di eccesso* per ragione degli antecedenti. Ma tale *eccesso* non vi è ragione per tenerlo come *doloso* in deroga alla regola generale. Altro (notisi bene) è dire che il ladro resta punibile, malgrado la imminenza del pericolo in ragione della colposità di esservisi esposto con un' azione prava, altro è dire che debba punirsi in ragione *di dolo* nel rapporto dell' omicidio.

§. 1346.

Chiunque cerchi la completa nozione dell' *eccesso di difesa* negli antichi volumi non può uscirne che con la mente confusa. Simile nozione non si può regolare con la casuistica, ma con la idea. Il motore principale dell' azione dev' essere stato il *timore:* ecco tutto. In quali casi egli lo sia ed in quali no non può definirlo. nè la dottrina, nè la legge a *priori* (1). La sola prudenza del magistrato che valuta le contingenze di persona, di luogo, e di tempo, lo può. Presunzione stolta voler definire in anticipazione la misura delle armi, lo stato degli animi, le condizioni di località e di tempo; ed altre tali circostanze non mai costanti negli effetti loro. La legge deve dire al giudice tale è la pena di chi uccise per ira giusta: tale è la pena di chi agì per un grave timore di pericolo personale senza che a suo pro si esaurissero le condizioni di assoluta necessità; o quando per qualsiasi cagione dovette alla propria imprudenza il pericolo in cui si trovò. E nel dettare quest' ultima pena deve ricordare che si versa nei termini della colpa; e il giudice nell' applicare codesta pena deve ricordare che la colpa non sta nel non aver fatto

ciò che la verità delle cose, oggi conosciuta, imponeva; ma nel non aver fatto ciò che in simile posizione da ogni uomo prudente sarebbesi fatto. Cosicchè valutando le difficoltà nelle quali versa la mente dell' uomo all' aspetto del proprio pericolo e quando si agita l' animo al pensiero della morte imminente, il giudice quando troverà che nelle circostanze del caso qualunque uomo avrebbe per quelle temuto e reagito, quantunque freddamente calcolando potesse forse in faccia alla verità temersi meno o reagirsi meno, non potrà ascrivere a delitto un errore di calcolo incorso in un frangente terribile, che all' uomo toglieva la calma indispensabile a ben calcolare. Ed allora assolverà anche dalla colpa: la legge gliene deve dare la facoltà.

(1) È facile comprendere che sotto il rapporto della *valutazione pratica* può variare il calcolo secondo che trattasi di difesa *propria*, o di difesa *altrui*. Perchè lo stato di eccessiva trepidazione o sbigottimento sorgerà più difficilmente quando il pericolo non cadeva sopra la vita nostra; e sotto il punto di vista della maggiore o minore facilità di ammettere il completo moderame anzichè limitarsi allo eccesso, può nei casi concreti avere influenza la considerazione che il minacciato fosse o no persona a noi cara o congiunta di sangue, come osservò Zuniga *Practica, vol.* 2, *pag.* 435, *n.* 5 *y* 6; perchè in faccia al pericolo di estraneo può più ragionevolmente presumersi la conservazione di calma bastevole ad istituire un esatto calcolo delle circostanze. Ma dalla maggiore o minore facilità della pratica ammissione alla negazione assoluta vi è grande differenziale. Non potrebbe insegnarsi che nella difesa altrui vi sia sempre eccesso per aver difeso altri e non sè medesimo: la difesa *altrui* è legittima al pari della difesa *pro-*

pria. Questa tesi si è novellamente dimostrata con solidi argomenti da Le Sellyer *traité de la criminolité vol.* 1, *n.* 165: il quale la sostiene (*n.* 149) a buon diritto anche nella tutela del pudore altrui: e con esatta logica (*n.* 183) dimostra che la uccisione commessa per respingere il ladro notturno o per respingere la scalata del domicilio, è legittima non solo se si eseguisca dallo stesso proprietario aggredito, ma anche da un estraneo che casualmente passi di colà, o dal vicino. Gregory (*de moderamine inculpatae tutelae pag.* 152) ne assicura che la difesa altrui era rispettata anche nell' antica Germania: e soltanto nella Fiandra vigeva la regola che si ammettesse unicamente a favore di quell' omicida che avesse difeso un uomo appartenente alla sua stessa *cora* (da *curia:* Ducange *glossarium verbo chora, et verbo cora*) ossia statuto o consuetudine, vale a dire a favore di un concittadino.

§. 1347.

Ecco dunque il riassunto che (tornando adesso alle osservazioni dalle quali ho esordito la esposizione del presente titolo) riduco ai minimi termini. Le nozioni della difesa, dell' eccesso di difesa, e della provocazione non possono dalla scienza o dalla legge definirsi con la descrizione di una o di altra materialità. La essenza ne è tutta psicologica; e la condizione psicologica dell' accusato non può giudicarsi che dalla prudenza del magistrato.

1.° Era cessato il timore, e si uccise per moto d' ira: non si parli più nè di difesa, nè di eccesso.

2.° Il motore fu sempre il timore di un pericolo giustamente appreso: non più si parli di provocazione, ma di difesa.

3.º Vi fu causa reale di temere, non procurata per imprudenza propria; e necessità di uccidere, o vera o ragionevolmente creduta tale dall' aggredito: siamo nei termini netti del moderame (1).

4.º Vi fu errore od esagerazione non facilmente scusabile sia nel temere, sia nel preferire la reazione alla fuga, sia nello scegliere il modo di reazione; oppure vi fu imprudenza nel dar causa al proprio pericolo. Siamo nelle condizioni dell' eccesso di difesa, imputabile si, ma non imputabile mai oltre la ragione della colpa. Se il dolo è *la intenzione di fare un atto* CHE SI CONOSCE *contrario alla legge*, la definizione stessa del dolo lo rende inapplicabile alla esatta nozione dello eccesso di difesa, per virtù di assoluta contradizione.

5.º Vi fu non solo timore, ma vero stato di *paura* (2): per qualunque lato sia l' eccesso non è mai imputabile. La paura è indomabile dalla volontà umana: l' uomo che è colpito dal fulmine della medesima è in un momento d' insania. Gl' insani di mente non sono imputabili. Se a costui può farsi rimprovero degli antecedenti che lo condussero a quello sbigottimento, gli si potrà per cotesto lato obiettare una colpa; ma per ciò che fece o non fece nel momento della paura, temerità ed ingiustizia sarebbe il punirlo.

(1) Il concetto della *legittimità* nascente dalla necessità della difesa propria od altrui, si è nei più semplici termini riassunto recentemente da Schuermans (*précis de droit criminel pag.* 18). *La nécessité suspend ici la loi, et le particulier est investi du droit de remplir une mission que la société est momentanéement impuissante à*

exécuter. Ebbene! in questa formula che sembra tanto semplice nascondesi un doppio senso, per cui la medesima può servire di base a due teoriche diametralmente contrarie. Assoluta è la verità della prima parte della formula — *la legge tace, silent inter arma leges:* ma nella seconda parte resta a dimandarsi qual' è *la missione* che esercita il privato nella difesa propria od altrui in luogo della società, che in quell' istante essa trovasi *impotente ad adempire?* Se intendete la missione di punire l' assassino vi trovate nell' errore, perchè con ciò non giustificate la difesa contro un pazzo furioso che è pur legittima, quantunque la società non potesse punirlo perchè irresponsabile. Bisogna dunque intendere la *missione di proteggere il diritto* alla vita, che è nell' aggredito in faccia a chiunque. Con tale schiarimento la formula è esatta: senza questo no. Il diritto di difesa in una parola non può essere che *tutto soggettivo*.

(2) La distinzione fra *timore*, e *paura* fu già notata dal Manno nel suo libro *della fortuna delle parole*.

§. 1348.

Non veggo difficoltà possibile su queste cinque proposizioni in teoria. Difficoltà massima sarà nello applicarle ai casi concreti, e in ciò il giudice dovrà molto attendere alla prova congetturale, e servirsi di tutto l' acume della sua critica onde penetrare nel vero stato di animo dell' agente (1). Ma presumere di rinchiudere la coscienza del giudice in una serie di regole a cui debba in tale applicazione soggiacere, è un accingersi ad opera impossibile, la quale può pervertire e non mai illuminare la giustizia pratica.

(1) Fu comune tra i pratici la regola che alla giustificazione degli estremi dell' incolpata difesa si ammettessero

ancora semplici presunzioni, prove meno piene, e testimoni eccezionabili. Questa regola si accolse per il favore della difesa anche là dove aderivasi al rigoroso sistema delle prove legali, e si disse che la prova piena deve richiedersi *cum agitur contra sanguinem ad condemnationem, non cum agitur pro sanguine ad liberationem:* Carpzovio *pars* 1, *quaest.* 33, *n.* 40.

§. 1349.

Adesso, a corona della esposizione del *grado* nell' omicidio, è tempo che si vegga la questione relativa allo aberramento nella reazione. Tizio era provocato da Cajo, o aveva causa di giusto dolore bastante a scusarlo nella uccisione di Cajo; o era da Cajo aggredito e posto in *discrimine vitae.* Ma Tizio reagendo non uccise Cajo: uccise invece Sempronio, che niente lo aveva offeso e niente lo minacciava. Si dimanda se tradotto Tizio in faccia ai tribunali per render conto dell' omicidio di Sempronio, possa dedurre la provocazione, il giusto dolore, o la difesa (secondo i casi) per minorare, o far cessare la sua responsabilità. I criminalisti (1) studiarono codesto problema diffusamente ed alternamente nelle tre varie forme del grado. Io credo che il problema voglia essere studiato sotto un identico punto di vista; perchè, quantunque ne varii il resultato sensibile, vuol essere risoluto con identici principii e criterii giuridici.

(1) Vedi Giordani *codice austriaco illustrato, vol.* 1, *pag.* 271 — Le Sellyer *traité de la criminalité vol.* 1, *n.* 177 — Pfotenhauer *de delicto per errorem in persona commisso pag.* 46.

§. 1350.

Ma se identica nelle tre forme deve essere la ragione di decidere e la decisione, peraltro essa dipende da distinzioni importanti.

In primo luogo deve distinguersi: o Tizio uccise Sempronio innocente perchè contro Sempronio e non contro Cajo diresse il colpo micidiale: o Tizio uccise Sempronio perchè il colpo che egli aveva diretto contro Cajo provocatore o aggressore fuorviò sfortunatamente e andò a colpire Sempronio; per esempio Tizio esplodea una pistola contro Cajo, Cajo si cansò e lasciò scoperto Sempronio che ricevette in sua vece la palla; oppure la palla sfiorò le carni di Cajo, e passando oltre andò a ferire Sempronio.

Nella prima ipotesi io ravviso i termini di una questione (1).

Nella seconda ipotesi io non veggo questione. Trattasi di un mero caso fortuito. Se Tizio versava in cosa lecita, perchè era nelle condizioni del moderame, non è responsabile del fortuito. Se versava in cosa illecita, perchè quantunque provocato era pur sempre imputabile, abbiamo la regola (§. 270) che chi versa in cosa illecita corrisponde anche del caso fortuito, e il ferimento o l' omicidio di Sempronio sono a lui imputabili a ragione di colpa (2).

(1) Il Gesterling notò la differenza di questi due casi: e volle segnalarla con diversa nomenclatura. Distinse fra *errore* ed *aberrazione*. *Errore* è quando si uccida quel-

l'individuo che veramente si voleva uccidere, credendolo altro. *Aberrazione* quando il colpo diretto contro un individuo va a ferire altri. E in questo secondo caso sostenne non potersi mai trattare che di colpa. Questa distinzione fu da noi accennata nel §. 262 nota 1. Il Geib volle ampliare questa dottrina insegnando doversi sempre tenere *colposo* lo errore nell' *obietto*. E pare che secondo lui errore nell' *obietto* sia quando il colpevole non avrebbe delinquito se conosceva l' errore. Il ladro, egli dice, avrebbe rubato ugualmente tanto se sapeva che la cosa era di Pietro quanto se di Luigi: l'omicida non avrebbe ucciso Pietro, perchè voleva uccider Luigi. E censura i criminalisti italiani per non avere nessuno di loro avvertito codesta differenza. Io osserverò alla mia volta che la forma di una questione differisce immensamente dall' altra forma. La questione se lo errore nella persona dello ucciso costituisca di per sè una scusa, tende a cercare se in un omicidio pienamente doloso fornisca una scusa l' *errore*, come tale. Questa è la prima questione che già distintamente accennai nella *Parte Generale* (nota a §. 262) e sulla quale tornai di sopra nella nota a §. 1136. Altra è la questione se l' errore di persona escluda la qualità aggravante, che nasce specificamente dalla preordinata direzione del dolo ai danni di una determinata persona. E questa è la seconda questione che trattai di sopra al §. 1136. Al contrario quella che di presente esamino è una terza questione, che tende a cercare se in un omicidio in cui già concorreva una scusa, l' *errore tolga la scusa*. Nel primo tema può disputarsi assai per largo: lo si potrà forse anche nel secondo: ma nel terzo io non ammetto possibilità di disputa, per il principio cardinale della inapplicabilità dei correspettivi in termini dove non è parità fra i correspettivi. La permistione di un dolo nella colpa può denaturar questa, o aggravarla. La permistione della colpa nel dolo non può denaturar quello, e farlo salire di uno o più gradi; e molto meno farlo nascere dove non è. Se al provocato negate la provo-

cazione perchè errando uccise un terzo anzichè il provocatore, voi gli togliete la scusa per causa dell' errore; che è quanto dire fate salire il dolo dal quarto grado al terzo per un' accidentalità *esteriore*, e non per una condizione sua *intrinseca*. Ma il dolo ha una vita tutta psicologica, tutta interiore: per mutare di condizioni esterne può mutarsi l' indole del delitto; ma non può mutarsi nè il grado nè l' indole del dolo.

(2) Per il caso di colui che errò nella persona di chi volle offendere, mentre versava *in re licita*, è preciso il testo nella *leg. 4 ff. de injuriis;* senza che possa obiettarsi la *leg. 46 §. 4 ff. ad leg. Aquiliam:* imperocchè una volta per sempre debbono essere avvertiti i giovani su questa materia, che non può trarsi argomento alcuno dai frammenti del titolo della legge Aquilia, i quali non contemplano altro che le indennità civili. Trattò la questione fino dai suoi tempi il Bartolo *ad l.* 11, §. 2, *ff. de poenis n.* 7, e *ad leg.* 14, *ff. ad leg. Corn. de sicariis n.* 2, il quale insegnò che versando l'agente in cosa illecita niente gli giova l'error di persona ancorchè (notisi bene) vi sia differenza, a causa della qualità personale dell' ucciso, nella gravità del delitto. Così parve insegnare che chi uccida il padre credendolo un estraneo sia sempre a punirsi come parricida. Onde il Bonifacio *(de maleficiis tit. de insultu n.* 55) combattè tale opinione; e indistintamente insegnò doversi applicare la nozione della colpa. Il Menochio *(de arbit. quaest. lib.* 2, *cas.* 324, *n.* 9 *et seqq.)* esaminò precisamente la questione nella ipotesi nostra; e sostenne doversi assolvere dalla pena ordinaria dell' omicidio, chi per sbaglio volendo uccidere l' aggressore, uccideva il mediatore. E il Claro (§. *homicidium, n.* 51) riferisce essersi così deciso dal Senato di Milano. Il Farinaccio fu accusato di essersi su tale questione contradetto, perchè nel titolo *de homicidio* al *n.* 139 insegnò non doversi niente punire chi difendendosi contro ingiusto aggressore, uccida un terzo innocente: e poi al *n.* 155 opinò per la pena straordinaria;

e al *n.* 156 per la pena ordinaria. Ma parmi che poco vi voglia a discernere che Farinaccio segna la teorica con quelle stesse distinzioni che noi accettiamo, sebbene per non troppa chiarezza abbia pôrto occasione a censura: l'errore di fatto non può far nascere il dolo dove non è, nè mutarne il grado dove sia. Questo è il principio cardinale. Quando l'errore di fatto sia vincibile può far nascere l'addebito di colpa: ecco la dichiarazione della regola. Le teorie bisogna cercarle nei principii: con gli esempi s'illustrano ma non si costruiscono.

§. 1351.

Procedendo all'esame della questione nella prima ipotesi bisogna innanzi tutto supporre chiarito dal processo che Tizio non diresse i colpi contro Sempronio per una *causa diversa*, ma perchè lo scambiò con Cajo, o lo credette un aggressore unito con Cajo ai suoi danni. Se lo colpì per una *causa diversa*, a modo d'esempio, perchè vi aveva vecchio rancore, e prese affettata occasione da quella rissa, o da quello aggredimento per isfogare un vecchio odio, non vi è più luogo a questione. Abbiamo un omicidio doloso senza scusa di sorta.

§. 1352.

La questione rimane dunque a discutersi nei termini semplici. Tizio vibrò il colpo contro il petto di Sempronio perchè nel furor dell'ira, o nei moti del timore, o nell'impeto della paura lo scambiò con Cajo suo vero provocatore, o suo vero aggressore, o lo credette unito con Cajo ad offenderlo. Qui tutti coloro che la

scusa contemplarono sotto un punto di vista obiettivo esitarono ad ammetterla. Sempronio era innocente. Egli dunque non era la *prima causa* del fatto; ecco una formula. Egli non aveva *perduto il diritto* alla vita per la ingiusta aggressione: ecco una seconda formula. La sua uccisione fu assolutamente ingiusta; ecco una terza formula. Ciascuna di coteste formule conduce alla dottrina che Tizio sia colpevole di omicidio doloso; che a lui non si debba scusa nessuna, quantunque fosse esorbitantemente provocato da Cajo, o che a lui si debba la pena ordinaria dell' omicidio volontario, quantunque rispetto a Cajo versasse nelle condizioni del moderame. Ma io non posso soscrivermi a tale dottrina (1).

(1) Una sentenza della Suprema Corte di Cassazione di Napoli del 12 giugno 1865 fermò nettamente la regola, che la provocazione risulti con tutte le sue condizioni ed efficacia giuridica non soltanto dagli atti ostili provenienti dall' ucciso, ma eziandio dagli atti ostili che fossero stati adoperati verso l' uccisore da coloro che erano in compagnia dell' ucciso o parteggiavano per lui. Non vi è *aberrazione di colpo:* non vi è *errore d' individuo:* si colpì chi voleva colpirsi, e si voleva colpire precisamente quell' individuo. Vi è invece una terza forma distinta dalle altre per sottilissime linee: si ferì chi non ci aveva ferito perchè nel tumulto dell' ira si contemplarono come solidali tutti coloro che ci venivano addosso. Sempre però domina il principio che la scusa deve valutarsi con un giudizio tutto *soggettivo.*

§. 1353.

E non vi aderisco perchè siamo nella teorica del *grado.* Vale a dire nel tema delle minoranti, o dirimenti

che discendono dalla minorata forza morale soggettiva del delitto. Lo che significa che siamo in un tema il cui studio deve essere tutto *soggettivo* (1). Questo è il primo postulato che devesi prestabilire. La scusa non nasce da un effetto giuridico della realtà delle cose, non da una condizione che tramuti il criterio ontologico del malefizio: essa sta tutta in un criterio ideologico e psicologico. Ideologico, in quanto l' aggredito venne a persuadersi di esser passivo di un' aggressione: psicologico, in quanto cotesto giudizio del suo intelletto agì sulla determinazione del suo volere, e sospinse l' animo suo alla deliberazione micidiale. Immaginate pure qualsiasi oltraggio; immaginate l' adulterio; immaginate che la mia vittima si fosse da me recata per pugnalarmi: nella verità delle cose esisteva oggettivamente la causa di provocazione, di giusto dolore, di pericolo mio. Ma supponete che tuttociò da me fosse ignorato: che io uccidessi senza conoscere l' oltraggio, l' adulterio, o le intenzioni mortifere di colui. La scusa in tale ipotesi era come non esistente in rapporto a me, al mio intelletto, alla mia volontà. E se io per altra cagione uccisi quel nemico, invano parlerò di provocazione, e di una scusa che io sono venuto a conoscere soltanto dipoi. La scusa non può essere che soggettiva, perchè la ragione di ammetterla sta nelle condizioni di animo in cui versava l' agente, ed in niente altro.

(1) Che la questione debba sciogliersi con un criterio tutto soggettivo lo insegnò Richter *velit.* 40, *pag.* 797, 798, *et* 815: ove a sostenere la tesi che per l' errore di

persona non si modifichi la scusa, argomentò dall' art. 145 della Carolina; e citò in appoggio un giudicato di Lipsia del 1628; allegando ancora come concordi il Vasquez, il Treutler, il Bachovio ed altri. Sull' art. 145 della Carolina argomenta anche il Leyser *medit. in pandect. spec.* 597, *medit.* 15. Vedasi anche Bergero *electa jur. crim. pars* 1, *pag.* 92 — Nettelbladt *de necessitate ejusque in jure effectu* — Gomez *var. lib.* 3, *cap.* 3, *n.* 34 *et* 35. È peraltro da avvertirsi che in generale gli antichi scrittori non distinsero sufficientemente i due casi della *aberrazione* del colpo; e dello *equivoco* nella persona, o nelle di lei intenzioni. I quali due casi, sebbene naturalmente diversi, e meritevoli di essere anche giuridicamente distinti, si presero in esame, o alternamente o promiscuamente, dalla comune dei dottori.

§. 1354.

Fermo in codesto pensiero io dico che la proposta questione deve nettamente risolversi con la teoria (§. 260 e segg.) dell' *errore*. Se mentre ricevo una ferita mi volgo, e credendone autore quello che mi sta presso, sebbene non fosse stato egli ma altri l' offensore mio, e contro lui rapidamente ritorco un colpo; io agisco senza dubbio sotto la influenza di un *errore*. È errore *di fatto*. È errore *sostanziale;* perchè se la cosa fosse stata come io supponeva, io sarei stato meno imputabile, o niente imputabile secondo i casi. Laonde se codesto errore di fatto essenziale di cui fui vittima, si può dal giudice dichiarare per le circostanze *invincibile*, la mia posizione giuridica niente può variare per l' equivoco di persona. Se invece verrà giudicato *vincibile*, sarà colpa in me per la intralasciata

diligenza, ma non potrà dirsi per questo che in me sia pieno dolo. Il giusto turbamento che agitava l' animo per la sofferta provocazione non iscomparisce per tale errore; non se ne distrugge la giusta commozione che mi rendeva scusabile. La coscienza che io aveva di agire legittimamente nel sacro esercizio del diritto di salvare la mia vita non si è dileguata per cotesto errore: vogliasi o no, il pieno dolo non è comparso nella mia determinazione per virtù magica di un errore. Condannarmi per codesto errore alla pena ordinaria dell' omicida volontario sia pure conforme alla verità oggettiva, non mai sarà conforme alla verità soggettiva della mia posizione, nella quale soltanto deve cercarsi la base, e la misura della mia imputabilità.

CAPITOLO X.

Penalità *dell' omicidio.*

§. 1355.

Descrivere un catalogo delle diverse punizioni (1) minacciate da ciascun codice, anche soltanto contemporaneo, contro l' omicidio; o ricordare le pene con varia misura sancite dai quattro codici penali (Sardo — Toscano — Sardo Napoletano — e Veneto) che or si dividono il governo d' Italia; sarebbe in questo capitolo un lavoro altrettanto facile quanto disadorno ed inutile. Laonde non volendo farla da rapsodisti in argomento che d' altronde non è che precario, ci limiteremo a gettar un colpo d' occhio generale sotto il punto di vista storico e fi-

losofico intorno alla sanzione repressiva dell' omicidio. E prima di tutto, se noi guardiamo nella lunga storia dei secoli che ci hanno preceduto quali siano stati i castighi che hanno colpito i micidiali appo i diversi popoli, chiaro si scorge anche in cotesto fatto aver gli uomini sempre dall' uno estremo all' altro ondeggiato, ora dell' atrocità ora della benignità toccando gli eccessi. Anche qui si rivela una novella prova di quella trista verità, che i popoli nella loro vita intellettuale e morale descrivono sempre la oscillazione del pendolo; il quale è destinato ad agitarsi da un sommo vertice salendo all' opposto; nè mai si ferma nel centro, finchè in lui non è spenta ogni vita motrice. Veramente ciò che dovrebbe porre un termine all' oscillare perpetuo tra gli opposti flagelli, in che si agita la umanità, non sarebbe lo spengersi d' ogni forza movente, ma la energia di una illuminata ragione. Pure troppo sovente noi la vediamo ruinare ora dalla servitù alla licenza, ora dalla superstizione alla incredulità, ora dalla viltà codarda alla ferocia; ora dal generoso abbandono di ogni sostanza per entusiasmo pietoso, voltarsi alle speculazioni dei secoli ladri e mercanti: e rara volta trovar posa in quel mezzo dove la incontrerebbero il vero ed il buono. Cosicchè ti verrebbe fantasia di pensare sola dominatrice del mondo essere perpetuamente la *moda*. Divinità tiranna: nella quale sembra incarnarsi Satana, il perpetuo derisore degli uomini al fine di farne i suoi scherniti buffoni, agitandoli come giocattoli, e velando sotto elegante vernice il suo ghigno beffardo.

(1) Non possono noverarsi fra le penalità dell' omicidio certe misure le quali per quanto coercitive del colpevole procedono però da mere vedute di polizia o di prevenzione. Così una legge napoletana del 28 marzo 1823 (che una circolare ministeriale del 21 maggio 1823 dichiarò retroattiva) ordinò che il condannato a pena temporaria per omicidio dovesse dopo scontata la pena esser costretto ad allontanarsi a 30 miglia dal domicilio degli offesi; lo che deve intendersi dei congiunti dell' ucciso. Questa legge diede occasione a molti dubbi intorno alla sua applicazione, sia quando i congiunti fossero parecchi e domiciliati in luoghi diversi sia quando a loro fosse piaciuto di andar mutando domicilii. Ma ad ogni modo in ciò non può ravvisarsi una *pena*, ma un provvedimento di pubblica quiete per evitare risse future, o una protezione dello stesso colpevole per sottrarlo alle temute vendette. Simili temperamenti si trovano usati anche in occasione di grazia e da alcuni codici (come il Francese art. 635 codice d' istruzione criminale) anche per misura generale in occasione di prescrizione di pena.

§. 1356.

Tale è la storia del genere umano. Ma la storia stessa, anzichè compiere l' ufficio suo, dato agli umani fatti l' artificioso nome di costumi, pretese novellamente di ergere a sè medesima un altare. Da quello, sdegnando il solo titolo di maestra della vita per la censura, volle pervertire l' aurea sentenza, e predicarsi maestra della vita per la giustificazione di ogni disordine mercè lo esempio delle umane aberrazioni. Innanzi al qual testo sparisce ogni sensata speranza di progresso per la umanità, che vuolsi condannata ad agitarsi perpetuamente in un circolo; rimane deserto l' ufficio della ragione; nè più vi hanno cardini del diritto, tranne le umane

passioni. Di ciò abbiamo anche nel presente argomento manifestazione pienissima.

§. 1357.

Chi interroghi la storia per imparare da lei qual sia la penalità più doverosamente applicabile al delitto di omicidio, si trova a fronte due proposizioni contraddittorie; ambedue toccanti all' estremo; ambedue accettate per buone dall' opera continuata in lunghissimi tempi non da poche spicciolate famiglie, ma da numerosissime popolazioni. La metà del genere umano gli risponde che l' omicidio deve punirsi con pena pecuniaria: l' altra metà gli risponde che tutti indistintamente gli omicidii devono essere colpiti di morte; e così le miriadi sorgono a contradire le miriadi in argomento di tanta importanza.

§. 1358.

Indubitati documenti ci fanno certi che molte popolose nazioni condussero lunga e florida vita sotto leggi che all' omicidio provvedevano col solo minacciare un pecuniario castigo (1). Cagione prima di cotesto sistema fu la dominazione della idea che certi crimini offensivi direttamente del privato si dovessero perseguitare nel solo interesse della privata vendetta. Dal che nacque il *weregildo*, con cui si rappresentava il prezzo della pace comperata dal parentato dell' ucciso; ed il *fredum*, sorta di ammenda che doveva pagarsi allo Stato più come premio della protezione accordata

al colpevole rispetto alla reazione degli offesi, che come vero castigo. Nè puote impugnarsi la erroneità di cotesto metodo; poichè troppo è palese la erroneità del principio che a lui serviva di base. Ma vuole però notarsi che coteste società dove con la sola pena pecuniaria proteggevasi la vita umana, si mantennero a lungo e crebbero vegliarde ad altissimo fiore e grande potenza. La società romana malgrado le sue truci penalità miseramente esinanita periva; e alla dominazione dell' Europa sottentravano quelle genti poderose, appo le quali lo uccidere il proprio simile non sottoponea che alla perdita di poco denaro. Laonde mentre non si niega la soverchia rilassatezza di cotesto metodo, si ha però ragione di dimandare cosa rispondono a questo fatto tutti coloro che fanatici ancora si ostinano a gridare attorno non esser possibile la durata di una società civile se non la puntella il carnefice.

(1) È indubitato che presso le antiche popolazioni nordiche generalmente si riconosceva nei congiunti dell' ucciso il diritto di vendicarne la morte anche con la strage dello uccisore. La civiltà Greca e Romana signoreggiata dal paganesimo limitò lo esercizio di cotesta vendetta alla persecuzione giudiciale. Ed anzi di codesta persecuzione si fece un dovere morale, e persino un dovere giuridico; ed i Romani decretarono dei favori perchè l' erede potesse accusare gli uccisori dell' autore suo; e delle punizioni contro quello che trascurasse cotesto dovere. Leggi ed usi che dovettero venir meno in faccia alla civiltà cristiana, che invece faceva un dovere del perdono. Vedasi la eruditissima dissertazione dell' Hertius *de haerede occisi vindice: commentationum vol. 1, tom. 3, pag. 274.* Ma è altresì indubitato che tutti i popoli del Nord, anche dove permettevano

la strage dello uccisore per mano privata, non punivano l'omicidio che di sola pena pecuniaria. Lo attesta Tacito *de moribus germanorum cap.* 21. Lo mostrano la legge Salica; *tit.* 28, 38, 44 *et seqq.:* la legge Ripuaria; *tit.* 7: la legge Alemanna; *tit.* 68: la legge Sassone; *tit.* 2: le leggi Longobardiche; *lib.* 1, *tit.* 9: le leggi Frisiche; *tit.* 1 *et seqq.* Si notarono come eccezioni a questa generale costumanza la legge dei Borgognoni; *tit.* 5, §. 2: e quella dei Visigoti; *lib.* 6, *tit.* 5: e i capitolari di Carlo Magno (*lib.* 6, *cap.* 1) che presero a punire l'omicida di morte. Ma nella generalità la pena pecuniaria continuò a prevalere nelle razze nordiche fino al 1532, cioè fino alla promulgazione della Carolina. Vedasi Heineccio *Antiq. Germ. lib. II, tit.* 26, §. 282 — Emminghausen *in jus Susatense art.* 25 — Besoldo *vol.* 1, *pag.* 1047, *n.* 25; *et pag.* 1048-49, *n.* 28; *et vol.* 2, *pag.* 652, *n.* 28. Anche in Russia il codice di Yeroslaf del 1020, che altro non fu tranne una raccolta degli antichi usi scandinavi, non comminava contro l'omicidio che una semplice multa. Neppure contro il parricidio si eccedeva oltre la pena pecuniaria; e la legge longobardica se fece eccezione per cotesto titolo, lo fece come mera concessione di facoltà ai giudici, non come precetto assoluto. Per la penalità dell'omicidio appo i Greci vedasi Meursio *Themis attica cap.* 15, 16, 20.

§. 1359.

Non fu meno vizioso il principio da cui ispirossi l'altra parte del genere umano, la quale volle ogni omicidio inesorabilmente punito di morte. Cotesto principio fu la grossolana idea del *taglione* (1). Idea dei popoli primitivi, che l'accolsero e la formularono nella sua nudità, ma che quantunque non osi nella odierna civiltà a chiare lettere proclamarsi (2), esercita pur

sempre un celato influsso, e domina le menti inconsapevoli di quelli stessi giuristi che vergognerebbero di professarla. Infatti se chiedesi la ragione per cui l'omicida, anzi che chiudersi in un carcere o lungo o perpetuo, debba spengersi senza dimora, non si sa davvero donde cotesta ragione speciale si tragga, se non si ricorre al falso concetto della analogia (3) tra il reato e la pena. Occhio per occhio, vita per vita: ecco il testo al quale si ridusse la ragione somma della pena per un lungo corso di secoli. Vi erano pure altri testi che si potevano invocare, ma al giure punitivo, finchè ispirossi al sentimento della vendetta, piacque questo a preferenza di ogni altro.

(1) Il principio del *taglione* si dimostra falso a *priori*, perchè non trova ragione sufficiente nella identità del male recalo col male della punizione, disconoscendosi mercè questo gretto confronto ogni altro elemento che gradui la entità del delitto. Si dimostra poi falso a *posteriori*: avvegnachè non possa negarsi dover esser falso quel principio il quale non può riuscire assoluto. Ora il *taglione* che sedusse le menti come criterio della proporzione delle pene nei delitti di sangue, è fisicamente o moralmente impossibile in parecchi altri delitti. Dunque è principio falso, perchè la giustizia non può avere altrettanti diversi criteri di misura quante sono le delinquenze.

(2) Non è soltanto proprio del volgo lasciarsi dominare da una parola. Chi oserebbe lodare l'adulterio? Nessuno per certo sotto cotesto nome. Chiamossi galanteria, e il volgo sorrise. Nessuno oserebbe oggi salire in cattedra e dire, io sostengo il taglione. Ma che perciò? Si muta la parola, e la barbara idea del taglione si ripone sopra l'altare. Così un illustre filosofo contemporaneo fattosi sostenitore della

pena di morte (più cred'io per vaghezza di paradossi e amore di singolarità, che per profonda convinzione) è venuto ad insegnare che l'omicida deve consegnarsi al carnefice, perchè è principio certissimo di giure penale che fra la pena ed il delitto deve esistere, non solo una proporzione *quantitativa*, ma ancora una proporzione QUALITATIVA. E gl'ignari bevono come un oracolo questa novella teoria del rapporto *qualitativo!* La bevano pure. Ma sappiano almeno che sotto la mendace larva del rapporto *qualitativo* nient'altro si nasconde che lo schifoso TAGLIONE. Non è vero che sia comune dottrina questa proporzione *qualitativa*, quando con ciò s'intende una somiglianza tra il *male prodotto dal delitto*, e il *male che reca la pena*. Questa è una idea affatto barbara, la quale ha condotto troppo sovente popoli e legislatori alle più esecrande atrocità. Vedasi Puttmann *adversariorum lib.* 1, *cap.* 2, *reis suo in vitio plectendis*; e Trip nella eruditissima dissertazione *de similitudine inter delicta eorumque poenas*. È invece sana dottrina che il male della pena colpisca il reo per quanto è possibile nella passione che lo mosse a delinquere. Ma la cosa è totalmente diversa; e quando lo insegnamento della *relazione coll' affetto* motore si tramuta nella *relazione col male materiale*, si cade in un sofisma, in un giuoco di parole, in una vera cavillazione. L'affetto che spinge all'omicidio non è per niente l'*amore della propria vita*, tranne quando si uccida per cagione di difesa. I micidiali sono d'ordinario gente audace e fiera, usi a rischiare la vita propria, e sprezzatrice di ogni pericolo. La vera dottrina della proporzione *qualitativa* anzichè consigliare la pena di morte contro l'omicida, invece la dissuade. Ma per trarne un argomento a pro del carnefice si è falsata la dottrina giuocando di parole.

(3) Fino dai primi tempi della umanità invalse quasi spontanea la idea che l'omicida si punisse di morte. E di morte si vide punito per mano dei congiunti dell'offeso anche prima che si costituisse ordinatamente una giustizia

sociale; e prima assai che si facesse questa singolare scoperta della istituzione del *boja*, cioè di un uomo prezzolato e mantenuto a spese della società per il solo servigio di ammazzare i colpevoli.

Intorno alla etimologia della parola *boja*, ed alla origine e vicissitudini di codesto preclaro ufficio, è da vedersi la erudita ed elegante dissertazione del Van Hasselt *de carnifice*. Ciò che vi ha di singolare e meritevole di meditazione si è, che mentre i dottrinarii dal loro gabinetto si affannano a persuadere che nell' ufficio del boja stia la sicurezza comune; che egli sia l' uomo indispensabile a tenere stretto il vincolo sociale, e che per conseguenza a lui come prima colonna della salvezza della città andiamo debitori della quiete dei nostri sonni, delle proprietà nostre, della stessa nostra esistenza; i popoli sempre ingratissimi e ingiusti si sono ostinati a voler tenere come infame codesto grande benefattore della umanità.

Del resto la idea di correlazione che nel sentimento popolare si era espressa con la formula del *taglione*, si volle poscia formulare in una espressione giuridica, dettando la teorica dell' *analogia*. Ma i giuristi nel cercare il senso pratico di questo indefinito concetto della analogia fra la pena e il delitto, vagarono per cento vie. Dissero che l' analogia poteva risalire a quattro generi distinti di *cause;* e trovarsi quando nella *efficiente*, quando nella *finale*, quando nella *materiale*, e quando nella *formale:* vedasi Raudensis *de analogis lib.* 1, *cap.* 2; *et cap.* 34, *n.* 91, 93; *et* 112. Più frequentemente la dottrina dell' analogia s' intese in un senso materiale, cioè che dovesse esservi una certa somiglianza fra il male materiale del delitto, e il male materiale della pena. Ma spesso si trovò dimenticato cotesto modo d' intendere, essendosi da taluno insegnato l' analogia consistere in questo che la pena servisse di riparazione a colui che era stato leso dal malefizio; e da altri, con maggior senno, consistere in questo che la pena rappresentasse un toglimento del bene appetito dal colpevole, per guisa che

si avesse certezza della sua azione sopra l' affetto che aveva spinto a delinquere. Laonde non solo sarebbe oggidì malagevole di costruire su questo pensiero dell' analogia una dottrina qualsiasi che nettamente presentasse una teoriea definita ed accettabile, ma sarebbe ancora a mio credere quasi impossibile coordinare neppure storicamente le varie opinioni dei giuristi, per guisa da affermare e circoscrivere entro pronunciati confini cotesta pretesa dottrina; alla quale Cujacio e tanti altri, che come civili giureconsulti furono sommi, prestarono la loro adesione senza mai neppure intendersi fra di loro.

§. 1360.

Non può essere che il sentimento della vendetta quello che faccia ravvisare come giusto e buono lo irrogare al colpevole altrettanto male quanto egli stesso alla sua vittima ne arrecò (1). La tutela del diritto, la stessa difesa della società nelle condizioni ordinarie dei popoli, non spingono tanto oltre il loro bisogno.

(1) La pena di morte si disse un tempo la *pena naturale* dell' omicidio: Lauterbach *disp.* 141, *thes.* 41: *disp.* 6, *thes.* 10, *n.* 3: *disp.* 69, *thes.* 18, *n.* 1. Anzi parve tanto connaturale all' omicidio doloso che si disse da taluno imposta irremissibilmente da Dio, fino al punto di negare al principe il diritto di graziare un omicida dall' ultimo supplizio. E vi volle tutta la dialettica del Thomasio (*de jure aggratiandi in causis homicidii*) e tutta la erudizione del Boehmero (*disp. de sublim. princ. jure dispens. sect.* 2, *cap.* 1, §. 27, *exerc.* 13, *pag.* 561, che disse esser questa una questione di altissima indagine) per far trionfare in faccia alla tenacità dei protestanti la opinione che permetteva al principe di arrestare il braccio del

manigoldo. Oh come variano i tempi! Oggi acremente si disputa se il principe possa irrogare la pena di morte; e alla metà del passato secolo disputavasi invece se dalla pena di morte avesse il principe potestà di liberare.

§. 1361.

E di fatti poichè da un secolo a questa parte si son venuti rettificando i genuini principii e i sani fondamenti del giure punitivo, troppo a lungo rimasti ignoti a tante miriadi di generazioni, la penalita dell' omicidio ha dovuto, dove più dove meno, poco a poco modificarsi (1). Si incominciò dall' osservare come la parificazione della morte a tutti i micidiali irrogata, violasse il debito della giustizia distribntiva. Nè più tollerandosi che nella morte si costruisse una barbara gradazione (2) mercè i tormenti e supplizii che ne potevano accompagnare la irrogazione, fu bene necessità logica che la gradazione si ricostituisse col sottrarre alla pena capitale gli omicidii semplici, serbando quella contro i più odiosi soltanto e i più gravemente qualificati. E questo fu un primo passo (nè fu piccolo davvero) per avvicinare la penalità verso quel centro dove il vero ed il bnono risiede, togliendola dagli estrèmi sempre viziosi e fatali. Così mentre appena mezzo secolo addietro rimanevano tuttavia parecchi giuristi, tenuti in credito di sapienti, i quali preconizzavano la rovina del genere umano se ad ogni omicida non si fosse mozza la testa; oggidì tutti i popoli civilizzati hanno riconosciuto la iniquità di così fare, e le società fiorenti hanno dato una solenne mentita

a quei falsi profeti. Rimangono è vero in parecchi codici contemporanei colpiti tuttora di morte i più odiosi omicidii, come il parricidio, e la uccisione per fine di lucro, che è senza dubbio il più vile, il più inescusabile, il più pericoloso ed abominevole di tutti i reati. Ma l'onda della civiltà incalza il carnefice anche in quest'ultimo suo riparo. Non mancano popoli che delle sole pene restrittive si chiamano paghi anche rispetto ai più crudeli omicidii: e la esperienza di questi congiunta alla trista prova che di sè fecero i codici sanguinarj, finirà di persuadere l'universale in questa verità positiva, della quale fu precursore il nostro Carmignani. In faccia al malvagio che non calcola o che calcola la impunità, è parola vana minacciare la morte: in faccia al malvagio che calcola, e prevede la punizione, i dolori di una cella sono freno bastevole. Laonde certo essendo che quando l'uomo si propone il superbo conato di impedire ogni delinquenza, si affanna dietro a cosa umanamente impossibile: e dubbio essendo d'altronde se più efficace freno sia la minaccia di morte o quella di lunghi patimenti, dappoichè la incostanza e variabilità dell'umano sentire alterni relativamente le forze di coteste paure; ne consegue che nella morte inflitta al colpevole scorgendo la società un male certo ed indubitato, rimpetto ad un benefizio incerto e il più delle volte inutilmente sperato, debba definitivamente abbandonarsi la idolatria della mannaia.

(1) Il criterio di penalità accolto dai codici contemporanei presentasi sotto due forme. Molti hanno abbandonato il

pensiero di punire di morte l'omicidio volontario innominato. Ma alcuni si sono fermati alla detenzione perpetua come il codice Francese, Sardo e Pontificio: altri si sono appagati della sola detenzione temporaria, portandola alcuni fino a un massimo di 20 anni, come il codice Sardo-Napoletano; ed altri fino a 12, come il codice Toscano: ed altri a pena temporaria di varia misura, come il codice del Perù, di Bolivia, di S. Marino, di Neuchatel, di Vaud, di Fribourg, dei Grigioni, e di Spagna.

Ove più paesi limitrofi presentino diversità nella pena dell'omicidio, può nascere in pratica interessantissimo dubbio sulla penalità da applicarsi quando rimanga incerto il vero luogo del delitto: nè cotesto dubbio può sempre eliminarsi dalla reperizione del cadavere, sì perchè può avvenire che un uomo ferito in un territorio presso al confine vada a morire al di là del confine; sì perchè (come i pratici si dilettarono a farne la ipotesi) può trovarsi il cadavere giacente sulla linea di delimitazione dei due Stati. Come ognuno comprende, cotesta questione non è di certa importanza quando si agita nei termini della mera definizione della autorità giurisdizionale. Ma diviene importante, e qualche volta vitale, nel caso che la disputa sorga fra due territorii, ove intercede differenza nella misura della penalità. In punto astratto di diritto non può esitarsi a concordare che la giurisdizione e la pena si determinano dal luogo in cui fu recata la ferita, non da quello in cui venne il ferito a morire. Laonde facilmente osserva il Carpzovio (*practica crimin. quaest.* **110**, *n.* **34**) che deve la questione risolversi secondo le circostanze mercè le quali possa verificarsi il luogo del commesso delitto; aggiungendo che se manchino argomenti per tale verificazione, debba ritenersi nel dubbio la competenza di ambedue i territorii, piuttostochè quella di nessuno; la stessa opinione adottasi dal Fhaebo *decisiones lusitanae tom.* **2**, *dec.* **216**, *n.* **14** *et* **15**. Altri insegnò doversi sciogliere il nodo con la dottrina della *prevenzione;* lo che peraltro venne giustamente

censurato dal Boehmero *(ad Carpz. l. c. obs. 4)* osservando che con ciò si peccava di petizione di principio, presupponendosi la esistenza della giurisdizione in entrambi, mentre appunto per la incertezza del luogo del commesso ferimento rimaneva la giurisdizione dubbiosa. Altri insegnò doversi dare la scelta all' accusato. Altri doversi ricorrere alla sorte. Altri suggerirono delle frivole presunzioni, ora insegnando doversi dir competente il giudice del luogo dove giaceva la testa del cadavere; ora quello del luogo dove trovavasi il cuore; ora quello dove si trovavano i piedi: Limnaeus *jus publicum lib. 4, cap. 8, n. 189* — Stryckio *de jure sensuum dissert. 1, cap. 1, n. 16 et seqq.*

Ma qualunque opinione si voglia accettare in proposito della competenza, per la quale vi è necessità di decidersi in un modo qualsiasi che non produca la impunità; certo io stimo che per quanto attiene allo effetto della penalità, il dubbio che non possa praticamente risolversi con lo accertamento del vero, debba eliminarsi col dare preferenza alla legislazione più mite.

(2) La costituzione Carolina minacciò la morte di spada (art. 137) contro tutti gli omicidii commessi per istantanea risoluzione: e in ordine agli omicidii qualificati provvide esasperando la pena di morte col supplizio della ruota o delle tanaglie. Ma questa esasperazione di pena, che la costituzione di Carlo V aveva inflitto indistintamente contro tutti gli omicidii premeditati niente distinguendo fra dolo determinato ed indeterminato, si restrinse dal Carpzovio *(practic. crim. quaest. 7, n. 14 et seqq.)* al solo omicidio commesso a fine di lucro: e sebbene il Mullero gli dirigesse censura di aver rifatto anzichè interpetrato la legge, pure la dottrina Carpzoviana ebbe plauso dalla pratica germanica. Non però universalmente; poichè molti giureconsulti attenendosi alla lettera dell' art. 137 persisterono a mantenere la esasperazione del supplizio capitale, anche nella semplice qualifica della premeditazione: Leyser *medit.*

in pandect. vol. 9, *spec.* 605, *per tot.* — Koch *instit. crim.* §. 456 — Puttmann *elementa juris crim.* §. 292.

Pare che per la costituzione elettorale in Sassonia fosse tolta la esasperazione: su ciò vedasi il Puttmann §. 292. In Francia, dopo la ordinanza di Francesco I, venne sempre rincarandosi con le successive la esasperazione della pena di morte: e sembra che molte volte l'aggiunta di nuovi tormenti si decretasse ancora come specialità di un caso che apparisse sommamente odioso. Già è noto che neppure nei metodi di tortura eravi appo quella nazione uniformità nei varii tribunali del regno.

§. 1362.

Nè vale a sostenerla quella parola così elastica dello esempio. Pessimo esempio davvero a rintuzzare le sanguinarie tendenze è lo spettacolo del sangue umano freddamente versato al cospetto del popolo. E se mai vi fu controsenso evidente nei volgari dettati, esso vi fu certamente in cotesta contradittoria illusione, che l'uomo col vedere uccidere il proprio simile dovesse stornarsi dal desiderio di uccidere (1).

(1) Stanno in contrario le acute e veracissime osservazioni del Dottor Livi nella sua dissertazione intitolata *Ragioni fisiolofiche e patologiche contro la pena di morte;* ove ragionando da quel dotto fisiologo e psicologo che egli è, dimostra per la indole imitativa dell'uomo che lo spettacolo dell'uccisione legale provoca alle uccisioni ingiuste.

§. 1363.

La giustizia vuole una pena, perchè il precetto abbia una sanzione; perchè la legge naturale giuridica trovi una protezione pronta e reale; perchè gli uomini vivano tranquilli nella fidanza che i loro diritti hanno per mezzo di quella sufficiente presidio. Ma la giustizia non può attraversare i decreti di Dio. E l' uomo deve lasciarsi correre il suo viaggio terreno per tutta quella lunghezza che a lui aveva segnato la mano suprema. Non è la morte violenta un flagello del corpo; essa è un flagello dell' anima a cui si rompe anticipatamente il viaggio destinato alla propria purificazione.

§. 1364.

Per quanto ella dura sia, io non impugno la verità di quella sentenza nella quale eruppe testè audacissimo ingegno: la morte essere cosa sacra non meno della vita, perchè entrambe sono nell' ordine supremo. Ma se cotesta è una verità dell' ordine cosmico che è destinato a perire, non lo è ugualmente nell'ordine psicologico e nell' ordine divino che sono per essenza loro imperituri. Laonde non può applicarsi all' uomo cotesta sentenza se non da chi congiunga per un panteismo fatale in una sola unità queste tre cose distinte; la vita, l' anima, e Dio. Avvegnachè l' uomo che nel suo corpo perituro trova l' anello cosmico, e nella sua anima immortale trova la congiunzione con Dio, nella vita terrena non ha che una prigione destinata-

gli dalla provvidenza per il suo spirituale perfezionamento. Onde è sacra la vita, perchè destinata dalla provvidenza a questa perpetua elaborazione; e può esser sacra la morte quando al termine prestabilito sprigiona l'anima dal suo carcere dopo che ebbe l'agio di compiere l'opera sua. Ma non è sacra la morte quando attraversa gli ordini provvidenziali, togliendo innanzi tempo all'anima lo strumento della sua purificazione: non è sacra la morte quando si reca all'uomo anticipatamente dalla mano superba dell'uomo. È sacra invece la conservazione del corpo: e sacri sono tutti quei mezzi, coi quali avviando il colpevole verso la emenda, si serva ad un tempo al fine terreno della tutela giuridica, ed al fine divino dello umano perfezionamento.

§. 1365.

Ma intanto cosa dimostra la storia, quella storia che vuolsi porre innanzi come patrona irrecusabile del palco ferale?

Essa c'insegna che la pena di morte ha servito per uccidere Socrate e Gesù Cristo; vale a dire l'uomo integerrimo, e il figlio di Dio incarnatosi per dettare alle genti la legge d'amore; come ha servito a sottoporre ad ingiusto martirio migliaja di uomini senza delitto. È dunque un paradosso affermare che la storia dimostra la giustizia della pena capitale, per la ragione che essa ha servito ad uccidere i giusti.

La storia c'insegna che un solo giudice ha potuto vantarsi di aver fatto perire sul palco più di mille

micidiali; e che in una grande città parecchie migliaja ne furono troncati in meno di un secolo. È dunque un paradosso affermare che il manigoldo vale a prevenire gli omicidii; poichè se in lui fosse cotale virtù, quel giudice e quella città non avrebbero, dopo giustiziati i primi cento, avuto occasione di mieterne più oltre.

La storia c' insegna che il timore di troppo facili errori, e la naturale pietà non mai spenta del tutto neppure nel cuore dei giudici, li rendono in faccia al pensiero di una pena irreparabile più esitanti alla condanna, e più proclivi alla assoluzione dei colpevoli. È dunque un paradosso affermare che la storia mostrando la pena di morte essere frequente occasione d' impunità, la dimostri utile alla giustizia.

La storia c' insegna che anche senza la pena di morte contro i micidiali molte genti nell' antichità poterono crescere a meravigliosa moltitudine, e costituirsi e conservarsi all' altezza di potenti nazioni; che altre nei tempi moderni hanno potuto altrettanto; che lo Impero Russo sta senza l' ajuto della pena di morte contro i micidiali: come lo Impero Francese sta senza il presidio di quella contro i delitti politici. È dunque un paradosso affermare che la storia dimostri non potersi mantenere la società senza il baluardo dello estremo supplizio.

La storia finalmente c' insegna, con uno svolgimento portentoso che compiesi sotto gli occhi nostri, che la civiltà crescente ha potuto da un secolo a questa parte ridurre senza danno e senza pericolo ai minimi termini l' ufficio del manigoldo. È dunque un paradosso

affermare che la storia autorizzi a profetizzare la durata del regno di lui.

La storia nel passato e nel presente ha dato, e dà solenne mentita agli illusi adoratori della mannaja (1); e più solenne mentita darà a loro nell' avvenire.

(1) Vedasi il dottissimo lavoro che su questo argomento ha pubblicato l' illustre Mittermaier sotto il titolo — *la pena di morte considerata nella scienza, nella esperienza, e nelle legislazioni* — tradotto in italiano dal prof. C. F. Gabba — 1864.

FINE

DEL PRIMO VOLUME, E DELLA PRIMA CLASSE

INDICE

DELLE RUBRICHE



SEZIONE PRIMA

DELITTI NATURALI

CLASSE PRIMA

DELITTI CONTRO LA VITA UMANA







